

VU Research Portal

Naar een fiscaal schenkingsbegrip

Gubbels, N.C.G.

2017

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Gubbels, N. C. G. (2017). *Naar een fiscaal schenkingsbegrip*. Vrij Universiteit Amsterdam.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Naar een fiscaal schenkingsbegrip

Rede

In verkorte vorm uitgesproken in de openbare aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Estate Planning aan de Vrije Universiteit te Amsterdam op woensdag 19 april 2017

door

Nicole Gubbels

Inhoudsopgave

1.	Wat is estate planning?	4
1.1	Definitie	4
1.2	Rol van de wetgever	6
1.3	Uitvoerder	7
1.4	Wetenschap	8
1.5	Tot slot: reikwijdte estate planning en fair share	9
2.	Schenking: civiel = fiscaal?	9
2.1	Inleiding	9
2.2	Giftbegrip: doel en strekking	10
2.2.1	Privaatrecht	10
2.2.2	Publiekrecht	12
2.2.2.1	Wetboek van Strafrecht en Participatiewet	12
2.2.2.2	Inkomstenbelasting	13
2.2.2.3	Successiewet	16
3.	Naar een fiscaal schenkingsbegrip	18
3.1	Inleiding	18
3.2	Criteria invulling schenkingsbegrip	19
3.2.1	De draagkrachtvermeerdering van de verkrijger is het uitgangspunt	19
3.2.2	Voordeel moet zijn ontstaan vanwege de privésfeer	19
3.2.3	Materiële benadering	20
3.3	Verarming	20
3.3.1	Verarmingscriterium nodig in de Successiewet?	20
3.3.2	Andere invulling verarmingscriterium	22
3.4	Verrijking	24
3.4.1	Inleiding	24
3.4.2	Economische verrijking	24
3.4.3	Beschikkingsmacht	26
3.5	Bevoordelingsbedoeling	29
3.5.1	Inleiding	29
3.5.2	Onverplicht	29

3.5.2.1 Inleiding.....	29
3.5.2.2 Remuneratoire schenkingen in de Successiewet.....	30
3.5.2.3 Remuneratoire schenkingen in de inkomstenbelasting	30
3.5.2.4 Remuneratoire schenkingen uit het fiscale schenkingsbegrip?	31
3.5.3 Bewustheid en wil tot bevoordeling (vrijgevigheidseis)	32
3.5.3.1 Inleiding.....	32
3.5.3.2 Bewustheid van het voordeel en van de bevoordelingsbedoeling bij de begiftigde.....	33
3.5.3.3 Bewustheid van het voordeel bij de schenker.....	34
3.5.3.4 Bevoordelingsbedoeling schenker	35
3.6 Handeling (stilzitten).....	40
3.6.1 Civielrechtelijk.....	40
3.6.2 Fiscaalrechtelijk.....	44
3.6.3 Handeling bij gehuwden in gemeenschap van goederen	46
3.7 Samenvatting	48
3.7.1 Het nieuwe schenkingsbegrip	48
3.7.2 Is de rechter of wetgever aan zet?	50
4. Slotwoord.....	50

1. Wat is estate planning?

1.1 Definitie

Er bestaat geen eenduidige definitie van 'estate planning'. Een terugkerende element in vrijwel alle definities is echter dat het vermogen fiscaal zo aantrekkelijk mogelijk moet worden overgedragen aan de volgende generaties. Een van de definities die ik aantrof op internet was de volgende:

'Het beheer van iemand z'n kapitaal en vermogen, met als doel het vermogen belastingtechnisch zo voordelig mogelijk over te dragen aan de erfgenamen.'¹

Deze definitie doet vermoeden dat estate planner er – in de woorden van Van Mourik - 'vooral op gericht is de fiscus in het zand te laten bijten'. Van Mourik omschrijft de estate planner als een 'juridische knutselaar. Hij combineert een grote variëteit aan juridische materialen (in het jargon 'tools' geheten) voor de bouw van zijn constructie'.²

Als het gaat om het vakgebied estate planning, dekt deze omschrijving naar mijn mening de lading niet. Estate planning is in mijn visie niet beperkt tot de louter technische discussie welke instrumenten kunnen worden ingezet om belasting te besparen. In deze opvatting over estate planning ontbreken onder andere het maatschappelijke en ethische aspect. Het maatschappelijke aspect betreft bijvoorbeeld de omstandigheid dat de belasting zo rechtvaardig mogelijk moet worden verdeeld over alle burgers. De bij de bevolking levende ethisch-maatschappelijke overtuigingen, die tot uitdrukking komen in de algemene rechtsbeginselen, zijn naar mijn mening het vertrekpunt voor een rechtvaardige belastingheffing. De eerste vraag is dan of de Successiewet – immers een belangrijk onderdeel van het vakgebied estate planning – op basis van deze criteria wel een rechtvaardige belasting is. In de literatuur wordt wel geopperd dat de Successiewet op basis van het 'rechtsgevoel' een onrechtvaardige heffing is en moet worden afgeschaft. Er wordt dan verwezen naar de talloze negatieve reacties op onder andere de website van de Telegraaf en Elsevier naar aanleiding van de in 2008 aangekondigde wetswijziging.³ Ook zijn er lijstjes waarbij de erfbelasting op de eerste plek staat als het gaat om de 'meest gehate belasting'.⁴ Hoewel men uit de veelheid van nieuwsberichten – ook uit verschillende jaren - zou kunnen concluderen dat dit meerdere malen onderzocht is, lijkt dat niet het geval te zijn. Men lijkt zich steeds te baseren op hetzelfde onderzoek uit 2009.⁵ Deze gegevens lijken mij volstrekt onvoldoende om iets zinnigs te kunnen

¹ <http://www.encyclo.nl/begrip/Estate%20planning>. Zie voor betere definities, en een overzicht van de ontwikkelingen op het vakgebied estate planning in de jaren 1987-2007, J.D.H. van Ewijk en F.A.M. Schoenmaker, 'Estate planning: de stand van zaken na twintig jaar', KWEP 2007/15.

² M.J.A. van Mourik, 'Estate planning', NJB 2007/258.

³ L.A. Leijssen, 'Is het einde van de successiebelasting nabij?', Forfaitair 2009/194.

⁴ O.a. 2009: <http://www.gewoonovergeld.nl/artikelen/de-10-meest-gehate-belastingen/> en <https://www.plusonline.nl/geld-recht/belasting-we-haten-de-erftaks> in 2012 de column van het RB <http://www.rb.nl/cms/showpage.aspx?id=1791> en in 2014: <http://m.telegraaf.nl/dft/geld/belasting/article/21355383/de-10-meest-gehate-belastingen>.

⁵ Het betreft een belastingonderzoek van Plus Magazine, uitgevoerd door TNS NIPO. Het onderzoek zelf heb ik nergens kunnen raadplegen.

zeggen over het ‘rechtsgevoel’. Een goed onderzoek naar het rechtsgevoel, waarbij aan de deelnemers fatsoenlijke voorlichting wordt gegeven over de keuzes en de gevolgen daarvan, zou mogelijk een heel ander beeld kunnen laten zien. Aan de deelnemers zou bijvoorbeeld de vraag kunnen worden voorgelegd of ze het eens zijn met de volgende stelling:

‘Alles is betrekkelijk maar wie € 100.000 erft van zijn vader of moeder moet niet klagen over € 10.000 belasting. Asfalt moet ergens van betaald worden.’

Ook dit is Van Mourik, nu in zijn afscheidsrede.⁶ Ik wil het nu graag laten bij mijn visie dat de Successiewet bij uitstek een rechtvaardige belastingheffing is. Het heft over een draagkrachtvermeerdering waar de verkrijger bovendien geen enkel offer voor heeft hoeven te brengen.

Terug naar het vakgebied estate planning. Als het gaat om estate planning wil ik het niet (alleen) hebben over de ‘trucjes’. Naar mijn idee gaat het veel meer over de interactie, de wisselwerking, tussen het civiele en het fiscale recht. Welke civielrechtelijke wensen en mogelijkheden zijn er om het vermogen te doen overgaan naar een volgende generatie, en hoe wordt daar vanuit fiscaal oogpunt mee omgegaan? Is de juridische en fiscale wetgeving passend en toereikend? Een actueel voorbeeld is het wetsvoorstel aanpassing gemeenschap van goederen, dat onlangs is aangenomen door de Eerste Kamer.⁷ Over de juridische vormgeving van het huwelijksvermogensregime is zowel in het parlement als in de literatuur een grondige discussie gevoerd. De fiscale aspecten van schenkingen tussen echtgenoten is echter voor een groot deel nog ongewis.⁸ De onzekerheid over de fiscale aspecten kan een goede werking van het civielrechtelijk regime frustreren.

Ook een discussie over de ethische kant van estate planning mag naar mijn mening niet ontbreken. Daarbij kan worden gedacht aan de vraag of het verantwoord is om – met het oog op de belastingbesparing – een huwelijk te adviseren tussen twee zakenpartners of om structuren te adviseren waarbij de verplichte bijdrage in de Wet langdurige zorg (voorheen de AWBZ) wordt omzeild. Als men de fiscale kant louter als een technische aangelegenheid ziet – of misschien zelfs als een kostenpost-, is men (te) snel geneigd om aan deze vragen voorbij te gaan. Een louter taalkundige uitleg van de fiscale wetgeving is het gevolg. Hoewel op een heel andere schaal, dringt de vergelijking met Apple en Starbucks zich op. Estate planning met als enige doel belastingbesparing.⁹

⁶ M.J.A. van Mourik, *Recht, Rechtvaardigheid en Ethiek (afschheidsrede)*, Deventer: Kluwer 2008, p. 53.

⁷ Initiatiefvoorstel-Swinkels, Recourt en Van Oosten (Beperking wettelijke gemeenschap van goederen), nr. 33 987. Het wetsvoorstel is op 19 april 2016 door de Tweede Kamer aangenomen en op 28 maart 2017 door de Eerste Kamer en zal in werking treden op een bij Koninklijk Besluit te bepalen tijdstip.

⁸ Vgl. mijn bijdrage, ‘Fiscale aspecten voorgestelde huwelijksvermogensrecht’, WPNR 2015/7069, onderdeel 2.

⁹ Vergelijk ook L.G.M. Stevens, ‘Fiscale ethiek voor iedereen’, WFR 2015/1060. Hij wijst er terecht op dat het ontgaan van belasting niet is voorbehouden aan multinationals maar dat ook burgers ‘massaal en volop zich te buiten zijn gegaan aan grootschalige belastingbesparende constructies’. De fair share discussie mag daarom niet beperkt blijven tot multinationals.

Boudewijn Waaijer heeft deze vraagstukken in zijn oratie behandeld vanuit de rol van de notaris.¹⁰ Ook de rol van de belastingadviseur en advocaat kwamen aan bod. De oratie past in een tendens om kritisch te kijken naar de rol van de adviseur en de belastingplichtige. Zij dienen zich niet alleen te laten leiden door de wettelijke mogelijkheden maar ook door de vraag of een bepaalde taxplanning moreel gezien wel door de beugel kan. Dit is een ontwikkeling die ik toejuich. De fair share discussie mag en moet worden gevoerd. Naar mijn mening is het echter ook belangrijk om oog te blijven houden voor de verantwoordelijkheid van de andere actoren in het fiscale speelveld. Ik denk daarbij aan de wetgever, de uitvoerder en de wetenschapper. De verantwoordelijkheid dat iedereen zijn 'fair share' betaalt is in mijn ogen in de eerste plaats de taak van de wetgever. Vervolgens dienen ook de uitvoerder en de wetenschapper daaraan hun bijdrage te leveren. Hierna zal ik dit toelichten.

1.2 Rol van de wetgever

De verantwoordelijkheid van de wetgever betekent dat hij ervoor moet zorgdragen dat de wetgeving niet alleen rechtvaardig en uitvoerbaar is, maar ook niet eenvoudig kan worden omzeild. De wetgever dient een actieve rol te spelen in het nastreven van een belastingheffing die voor iedereen gelijk uitwerkt. En dan heb ik het niet over antimisbruikregelingen en het oprekken van de bevoegdheden van de fiscus, hoewel dit ook gerechtvaardigde instrumenten kunnen zijn om ervoor te zorgen dat iedereen in gelijke mate bijdraagt. Maar hier komt men pas aan toe als alle andere middelen zijn uitgeput. Als de wetgeving solide is – en de bedoeling duidelijk –, maar creatieve adviseurs toch een (technisch) gaatje erin ontdekken. Ik wil het nu hebben over de wetgeving die in zichzelf al niet voor iedereen gelijk uitwerkt. Een voorbeeld daarvan is de lucratiefbelangregeling. In principe leidt een dergelijk belang, vanwege het feit dat het voordeel is terug te voeren op arbeid, tot een heffing in box 1 tegen het progressieve tarief. De wetgeving biedt echter tegelijkertijd een *loophole*: bij een juiste structurering kan de belastingdruk worden terug gebracht tot 25%.¹¹ Dit geldt dan echter alleen voor de mensen die zich laten adviseren. De onwetende belastingplichtige betaalt 52%. Is de belastingplichtige onwetend en verkrijgt hij het aandelenpakket via een BV, dan kan de belastingheffing oplopen tot bijna 100%.¹² Een ander voorbeeld is de hiervoor genoemde Wet langdurige zorg (Wlz). Als iemand in een verzorgingstehuis zit en een vermogen heeft dat een bepaalde drempel overstijgt, dan wordt een eigen bijdrage gevraagd. In de Wlz-wetgeving wordt voor het begrip vermogen klakkeloos aangesloten bij box 3.¹³ Dit betekent dat de wetgeving eenvoudig kan

¹⁰ B.C.M. Waaijer, 'Wie betaalt, bepaalt? Notaris en publiek belang', oratie VU Amsterdam 2016.

¹¹ Bij een middellijk gehouden aanmerkelijk belang waarbij aan de doorstootverplichting van art. 3.95b, lid 5, Wet IB 2001 wordt voldaan.

¹² Vgl. R.M. Freudenthal en E.P.H.G. Raaijmakers, 'Belastingheffing over lucratieve belangen: veel hagel en weinig mug...', WFR 2008/1363, onderdeel 5.1.

¹³ Tegen het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 204, nr. 4, p. 4. De Raad merkt op dat de grondslag van box 3 'niet geschikt is (...) om de draagkracht naar vermogen van een persoon vast te stellen en de uitkomsten zijn willekeurig'. Tevens wordt erop gewezen dat de beperkte grondslag leidt tot ontgaansmogelijkheden: 'Ervaringen in het verleden met het betrekken van het vermogen bij de berekening van de eigen bijdrage op grond van de Wet op de bejaardenoorden, hebben duidelijk gemaakt tot welke complicaties dit kan leiden.'

worden omzeild door het vermogen in box 2 onder te brengen.¹⁴ Een andere route waarbij er feitelijk niets wijzigt aan de beschikkingsmacht over het vermogen, maar toch de Lwz-bijdrage kan worden verlaagd of voorkomen, is de papieren schenking.¹⁵ Het betalen van een eigen bijdrage wordt daarmee goeddeels facultatief. Ik kan me daarom voorstellen dat de mensen die een eigen bijdrage betalen op grond van de Wlz, menen deze 'vrijwillige' bijdrage als gift in aftrek te kunnen brengen op grond van art. 6.32 Wet IB 2001. Wetgeving die zo eenvoudig opzij is te zetten – wederom alleen voor de geïnformeerde burger¹⁶ – is per definitie onrechtvaardig.¹⁷

1.3 Uitvoerder

Ook de uitvoerder moet de belangen van de partijen - aan de ene kant de samenleving (de schatkist) en aan de andere kant de belastingplichtige - zorgvuldig afwegen. Daarbij dient de uitvoerder zich bewust te zijn van diens machtspositie. Als hij niet akkoord gaat met een bepaalde handelwijze, is de belastingplichtige gedwongen de stap naar de rechter te maken – met de daarbij behorende kosten, vertraging en onzekerheid. Daar zitten veel belastingplichtigen niet op te wachten. Daarmee verkrijgt de uitvoerder feitelijk de status van wetgever: de uitvoerder zit in een positie om aan een belastingplichtige diens wil op te leggen. Dat is in zekere zin onvermijdelijk – de belastingdienst kan immers niet akkoord gaan met een handelwijze die in zijn ogen niet door de beugel kan. Deze machtspositie verplicht echter tot een nog zorgvuldigere belangenweging. Nog meer dan voor belastingadviseurs en belastingplichtigen is fiscale grensverkenning uit den boze. Naar mijn mening past het dan ook niet om echtgenoten die in het zicht van echtscheiding een beperkte gemeenschap willen aangaan van de aanmerkelijkbelangaandelen, het beroep op de doorschuifregeling van art. 4.17

¹⁴ Op de vraag van toenmalig kamerlid Bashir of de staatssecretaris het redelijk vindt dat personen met grote vermogens die hun geld in bv's hebben weggezet, toeslagen kunnen ontvangen en een lagere AWBZ-bijdrage hoeven te betalen, geeft de staatssecretaris geen antwoord. Hij antwoordt slechts dat het kan maar dat hij de kans dat dit gebeurt gering acht. *Aanhangsel Handelingen II* 2014–2015, 324. Deze inschatting is nergens op gebaseerd. De aandacht in de media en literatuur (vgl. o.a. M. van Egmond, 'Eigen bijdrage AWBZ: bedreiging voor het vermogen?', Fiscaal advies 2013/3) voor dit fenomeen en de civielrechtelijke procedures hierover, doen het tegendeel vermoeden. Zie de jurisprudentieverwijzing in voetnoot 9 van de conclusie van Hammerstein bij Hoge Raad 20 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3334, NJ 2015/482. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de bewindvoerder niet de bevoegdheid krijgt om het vermogen in een BV onder te brengen (teneinde de AWBZ/Wlz-bijdrage te omzeilen) omdat dit vermogen dan wordt onttrokken aan het met wettelijke waarborgen omklede stelsel van toezicht door de kantonrechter.

¹⁵ Er zijn meerdere procedures gevoerd over de vraag of de curator een schenking mag doen met het oog op het omzeilen of verminderen van de AWBZ/Wlz-bijdrage. Zie o.a. Ktr. Zeeland-West Brabant 23 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA1122, Rb. Zeeland-West Brabant 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6197 en Hof Amsterdam 19 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4330.

¹⁶ Vgl. ook de Kamervragen van Bashir over box 3 (*Aanhangsel Handelingen II* 2016–2017, 1331). Hij vraagt of de wetgever het eerlijk vindt dat belastingbetalers die het geld hebben voor belastingadvies en zich tot een van deze belastingadvieskantoren wenden minder belasting betalen over hun vermogen, dan andere belastingbetalers die de weg naar een belastingadvieskantoor financieel niet kunnen vinden. De wetgever volstaat met de opmerking dat er niets mis is met het inwinnen van advies bij een belastingadvieskantoor zolang belastingplichtigen zich houden aan de wet- en regelgeving. Daarmee wordt geen antwoord gegeven op de meer principiële vraag of het wenselijk is dat – de geadviseerde en daarmee meer vermogende burger - op zo'n eenvoudige wijze de heffing over vermogensinkomsten naar zijn hand kan zetten.

¹⁷ Zie ook J.L.M. Gribnau, *Belastingen als moreel fenomeen*, Den Haag: Boom fiscale uitgevers 2013, hoofdstuk 3.

te ontfangen.¹⁸ Ook bij de procedures over de vraag of een watersportvereniging of een stichting die zeiltochten organiseert voor gehandicapten een ANBI is, kunnen vraagtekens worden geplaatst.¹⁹ Daarbij dient echter niet uit het oog te worden verloren dat de uitvoerder is gebonden aan een juiste toepassing van de wet. Ook hier komt de rol van de wetgever naar voren. In de parlementaire behandeling heeft de wetgever onderscheid gemaakt tussen sportverenigingen waarvan de leden een beperking hebben (geen ANBI) en organisaties die ten doel hebben het verbeteren van de gezondheidstoestand van mensen met een beperking en dat doen door middel van sportieve activiteiten (wel ANBI).²⁰ Het is volstrekt onduidelijk op welke wijze een dergelijk onderscheid moet worden gemaakt. De uitvoerder heeft daarin echter wel een beoordelingsvrijheid. Van de uitvoerder verwacht ik dat over de vraag of deze zaak aan de rechter moet worden voorgelegd een zeer zorgvuldige belangenafweging plaatsvindt. Ook de belastingdienst kan de middelen maar een keer inzetten.²¹ Zoals Gribnau terecht opmerkt wordt de Belastingdienst beoordeeld op kwaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid. Als de belastingdienst legitiem optreedt, wordt de macht tot gezag.²²

1.4 Wetenschap

Tot slot rust op de wetenschap de taak om niet de trukendoos open te gooien, maar te blijven zoeken naar en discussiëren over het rechtvaardigheidsgehalte van de wetgeving. Het publieke belang, het belang van alle burgers, dient daarbij voorop te staan. Dit betekent dat belastingadviseurs met een wetenschappelijke functie standpunten moeten kunnen innemen die wellicht tegenstrijdig zijn aan het belang van de cliënten die ze bedienen. Ook voor mensen die bij de belastingdienst werken met een wetenschappelijke functie geldt dat ze uit hoofde van laatstgenoemde functie standpunten moeten kunnen innemen die wellicht niet sporen met het beleid van de belastingdienst. Hoewel praktijkervaring ook voor de wetenschapper een groot goed is, geldt dat in nog grotere mate voor onafhankelijkheid. Een onafhankelijke, open en transparante wetenschappelijke discussie dient het publieke belang.

¹⁸ Zie daarover uitvoerder J. Ganzeveld en A. van Maurik, 'In en uit een huwelijksgemeenschap met een aanmerkelijk belang', Vakblad estateplanning, 2016/38.

¹⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4206, V-N 2016/43.3 (watersportvereniging is een ANBI) en Hof Den Haag 8 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2625 (zeilstichting is een ANBI).

²⁰ *Kamerstukken II* 2011–2012, 33 006, nr. 3, p. 23.

²¹ Vanuit die optiek had naar mijn mening ook niet de procedure moeten worden gevoerd over het 'vermeende' genotsrecht van 9 dagen. In die zaak had erflater bedragen schuldig erkend waarover jaarlijks 6% rente was betaald. Alleen over de periode van 23 maart 2007 tot en met 31 maart 2007 zou geen rentebetaling hebben plaatsgevonden waardoor de hele schuldigerkenning als fictieve verkrijging in aanmerking werd genomen. Over de hele periode bezien was echter (meer dan) voldoende rente betaald. Rechtbank Den Haag heeft dan ook terecht weinig moeite om tot het oordeel te komen dat art. 10 niet van toepassing is. Rechtbank Den Haag 6 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:754.

²² J.L.M. Gribnau, 'Belastingmoraal en compliance', WFR 2008/1325, onderdeel 4. Vgl. ook zijn opmerking dat 'rechtpsychologisch onderzoek laat zien dat *compliance* afhangt van de vraag of belastingplichtigen de rechtshandhaving door de Belastingdienst als redelijk en fair ervaren en in overeenstemming met behoorlijkheids- en zorgvuldigheidsnormen.'

1.5 Tot slot: reikwijdte estate planning en fair share

Het vakgebied estate planning richt zich op de juridische en fiscale aspecten van het instandhouden en de overgang van vermogen. De blik mag daarbij niet beperkt zijn tot de - vooral fiscale - 'tools'. Men dient ook aandacht te hebben voor het wenselijke recht en de maatschappelijke en ethische dimensie. Alle actoren in het speelveld hebben daarin een verantwoordelijkheid. Maar daarin zit wel een duidelijke hiërarchie, die in de discussie over de fair share gedachte niet verloren mag gaan. De hoofdverantwoordelijke is in mijn ogen de wetgever. Hij dient ervoor te zorgen dat de belastingwetgeving zodanig is ingericht dat belasting betalen niet alleen voor de dommen is. Vervolgens dienen de uitvoerder en de wetenschap zich ook bewust te zijn van hun publieke taak. In de laatste plaats zou ik de verantwoordelijkheid willen leggen bij de notaris, belastingadviseur en belastingplichtige. Zij hoeven zich het minste bewust te zijn van het publieke belang, waarmee ik geenszins wil zeggen dat zij zich daaraan niets gelegen hoeven te laten liggen. De wetgeving zal altijd technisch onvolkomen zijn. Belastingplichtigen hebben weliswaar het recht om de voor hen voordeligste route te kiezen, maar het is geen plicht. Het is een keuze. Bij die keuze zou ook de moreel-ethische dimensie een rol behoren te spelen. Van accountants, belastingadviseurs en notarissen mag in ieder geval worden verwacht dat zij hun cliënten daarop actief wijzen. Aan de andere kant mag van deze groepen ook worden verwacht – is het zelfs hun plicht – hun cliënten te wijzen op de mogelijkheden die de wet biedt, ook al zijn de mogelijkheden in de ogen van sommigen uit moreel oogpunt verwerpelijk.

Terug naar het vakgebied estate planning. Dit is een multidisciplinair vakgebied. Kernpunt is de wisselwerking tussen het civiele en fiscale recht. Twee zelfstandige rechtsgebieden, die toch sterk met elkaar verbonden zijn. Denk aan de vele begrippen in de belastingwetgeving die rechtstreeks aan het burgerlijk wetboek zijn ontleend. Dat brengt me op het begrip schenking of gift.

2. Schenking: civiel = fiscaal?

2.1 Inleiding

Sinds 1 januari 2010 verwijst de Successiewet voor het begrip schenking rechtstreeks naar het giftbegrip in het Burgerlijk Wetboek. Betekent dit dan ook dat deze begrippen identiek zijn? Met andere woorden, heeft een beslissing van de civiele kamer van de Hoge Raad in een civiele zaak, bijvoorbeeld over inkorting en inbreng van een schenking in het erfrecht, rechtstreeks gevolgen voor de uitleg van het schenkingsbegrip in de Successiewet? In het algemeen wordt er niet aan getwijfeld dat het antwoord op deze vraag bevestigend luidt. Dit antwoord wil ik ter discussie stellen. Dit doe ik aan de hand van een actueel voorbeeld.

Voor de Successiewet is de afgelopen jaren meerdere keren de vraag opgeworpen wie schenkt als men is gehuwd in gemeenschap van goederen. Het antwoord daarop is van belang voor bijvoorbeeld de toepassing van art. 3 (de woonplaatsfictie), art. 12 (de 180-dagenregeling) en art. 16 en 17 SW (APV). De staatssecretaris stelt zich voor de toepassing van de Successiewet op

het standpunt dat de gift voor de helft aan ieder der echtgenoten moet worden toegerekend.²³ In een aantal civiele procedures, waarvan het meest recent Rechtbank Noord-Nederland, is evenwel geoordeeld dat voor de bepaling van de omvang van de legitieme portie, de gift volledig moet worden toegerekend aan de echtgenoot die de gift heeft gedaan.²⁴

Kunnen zowel de staatssecretaris als Rechtbank Noord-Nederland gelijk hebben? Kan de schenking voor de toepassing van de Successiewet voor de helft aan ieder van de echtgenoten worden toegerekend terwijl deze civielrechtelijk uitsluitend aan de schenker wordt toegerekend?

Naar mijn mening is dat inderdaad mogelijk. Dat een begrip in meerdere rechtsgebieden voorkomt, betekent namelijk niet dat dit begrip dan ook overal dezelfde inhoud heeft. Happé en Gribnau wijzen er terecht op dat ook binnen één rechtsgebied, of zelfs binnen één wet, de betekenis van begrippen uiteen kan lopen:

‘verscheidenheid in onder andere karakter, doel en strekking van wetten of regelingen zijn bepalend voor de differentiatie in begripsvorming’.²⁵

In het burgerlijk recht komt het begrip schenking terug in het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet. In het publiekrecht komt het begrip schenking voor in het strafrecht, de sociale zekerheid en de belastingwetgeving. Hierna besteed ik aandacht aan de vraag of de invulling van dit begrip aansluit bij doel en strekking van de betreffende wettelijke regelingen. Uit deze paragraaf blijkt dat de rechter in fiscale zaken, heel sterk lijkt aan te sluiten bij het giftbegrip uit het Burgerlijk Wetboek. Naar mijn mening ten onrechte. Omdat het giftbegrip in de fiscale wetgeving een andere functie vervult dan in het Burgerlijk Wetboek, dient naar mijn mening het begrip schenking (of gift) voor de fiscale wetgeving een eigen invulling te krijgen. Zoals ik hierna in paragraaf 3.6.3 zal toelichten, dient daarom de vraag ‘wie schenkt?’ voor de Successiewet anders te worden beantwoord dan voor bijvoorbeeld boek 4 van het Burgerlijk Wetboek (art. 4:67 BW).

2.2 Giftbegrip: doel en strekking

2.2.1 Privaatrecht

In de eerste plaats komt het giftbegrip voor in boek 1 BW.²⁶ In art. 1:88, lid 1, onder b, BW is bepaald dat toestemming van de andere echtgenoot is vereist voor giften, tenzij deze

²³ Besluit van 15 oktober 2014, nr. BLKB2013M/1870M, V-N 2014/63.17, onderdeel 12.

²⁴ O.a. Rb. Noord-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:6114. Zie hierover uitvoeriger paragraaf 3.6.3.

²⁵ J.L.M. Gribnau en R.H. Happé, ‘Convergentie en divergentie: Over begripsvorming in privaatrecht en belastingrecht’ in: P.H.J.Essers e.a. (red.), Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 4-5.

²⁶ Het gift-begrip komt ook op andere plaatsen terug in boek 1, bijvoorbeeld in art. 1:94 en art. 1:133 en 1:134 BW. Daar is kort gezegd bepaald dat aan de gift een uitsluitingsclausule kan worden verbonden. Daaraan besteed ik hier geen aandacht. Hier ga ik alleen in op de bepalingen waarin de gift als zodanig – van rechtswege – gevolgen oproept of kan oproepen.

gebruikelijk en niet-bovenmatig zijn.²⁷ Artikel 1:88 BW is een zogenoemde gezinsbeschermende bepaling. In de woorden van de Hoge Raad:

‘De ratio van art. 1:88 lid 1 BW is om echtgenoten, in hun belang en dat van het gezin, tegen elkaar te beschermen, onder meer wat betreft het verrichten van rechtshandelingen die kunnen ingrijpen in hun financiële positie (...).’²⁸

In die zaak ging het om onderdeel d (huurkoop). Onderdeel b, de gift, is in een Hof-uitspraak in 2014 aan de orde geweest.²⁹ In die zaak had een gehuwde man aanzienlijke bedragen, van in totaal circa € 28.500, geschonken aan zijn vriendin. Als zijn vrouw er achter komt, beroept zij zich erop op dat zij geen toestemming heeft gegeven voor deze schenkingen. Het beroep van de vriendin dat het wettelijk toestemmingsvereiste in dit geval niet van toepassing zou zijn, wordt door het Hof verworpen met de overweging dat art. 1: 88, lid 1, onder b ertoe strekt:

‘echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkaar te beschermen, ongeacht welk huwelijksregime zij hebben gekozen en onverschillig in welke hoedanigheid de gewraakte rechtshandeling is verricht.’

Kortom, het giftbegrip in art. 88 strekt ertoe de andere echtgenoot cq. het gezin te beschermen tegen financieel nadelige transacties.

In boek 4 BW neemt de gift een vrij prominente rol in bij de legitieme portie. Bepaalde giften dienen te worden meegenomen in de berekening van de legitieme portie. Alle giften die vijf jaar voor het overlijden zijn gedaan worden tot de legitimaire massa gerekend. Giften die ouder zijn dan vijf jaar dienen ook te worden meegenomen als een van de omstandigheden zich voordoet als genoemd in art. 4:67 BW. Dit is bijvoorbeeld het geval als de gift kennelijk is gedaan en aanvaard met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen worden benadeeld. Het giftbegrip in boek 4 BW heeft derhalve, evenals het giftbegrip in boek 1, een beschermende functie: het giftbegrip dient ertoe om de legitimarissen te beschermen tegen het uithollen van de legitieme portie. In deze lijn past de regeling dat voor zover de legitimaris zelf een gift heeft ontvangen, deze in mindering wordt gebracht op zijn legitieme portie (art. 4:70 BW).

In de Faillissementswet komt het giftbegrip voor in art. 35b FW. Hierin is geregeld dat als de gift afhankelijk is gesteld van een voorwaarde of tijdsbepaling die ten tijde van de faillietverklaring nog niet is vervuld, de begiftigde daaraan geen recht kan ontlenen tegenover de boedel. Als de gift bijvoorbeeld is gedaan onder de opschortende voorwaarde van overleving of faillissement, en de schenker gaat failliet, dan kan de begiftigde de gift niet opeisen. Deze bepaling is opgenomen in verband met het vereiste voor het invoeren van de actio pauliana, dat de gefailleerde wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling leidt tot een benadeling van de schuldeisers. Op het moment dat de gift onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling tot stand komt, is deze kennis veelal (nog) niet aanwezig. Toch meent de wetgever dat het in zo’n geval voor de gewone schuldeisers niet redelijk is dat de gift moet worden voldaan:

²⁷ Zie ook art. 1:345 BW waarin een soortgelijke regeling is getroffen ter bescherming van de minderjarige. De voogd heeft toestemming van de kantonrechter nodig voor het doen van niet-gebruikelijke of bovenmatige giften.

²⁸ Hoge Raad 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:41, NJ 2015/45, r.o. 3.3.2.

²⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:760, JPF 2014/92.

‘in ons recht geniet in het algemeen hij die om niet verkrijgt, veelal minder bescherming dan degene die een tegenprestatie verricht of heeft verricht.’³⁰

Het giftbegrip heeft hier dus de functie om benadeling van schuldeisers te voorkomen. De begiftigde kan zich niet beroepen op het feit dat de gever op het moment van de gift niet wist of niet behoorde te weten dat de gift zou leiden tot benadeling van de schuldeisers.

In het privaatrecht, het Burgerlijk Wetboek en in de Faillissementswet, heeft het giftbegrip vooral een beschermende functie: bescherming van de echtgenoot en het gezin (art. 1:88 BW), de minderjarige (art. 1:345 en art. 1:441 BW), de legitimaris (art. 4:67 BW) of de schuldeisers (art. 35b FW). Voorts betreft het in deze artikelen een ‘financiële’ bescherming. De hiervoor genoemde personen worden beschermd tegen mogelijk financieel nadelige transacties. Hierin past het om bij de invulling van het giftbegrip ‘de beschermde’ voorop te stellen. Tevens past het om het giftbegrip daarin te beperken tot een vermogensverschuiving. Het past bijvoorbeeld binnen doel en strekking van deze regelingen om het verstrekken van een renteloze direct opeisbare lening niet als een schenking aan te merken. In het vermogen van de geldverstrekker zit immers nog een vordering voor de nominale waarde. Tegen het verstrekken van een dergelijke lening hoeven de hiervoor genoemde personen niet te worden beschermd. Als de debiteur solvabel is, wordt het vermogen immers niet uitgehold. Dat de echtgenoot, voogd of erflater het vermogen anders – opbrengstgevend – had kunnen aanwenden, leidt er weliswaar toe dat het vermogen (wellicht) minder toeneemt, maar niet dat het vermogen afneemt c.q. wordt uitgehold.

2.2.2 Publiekrecht

2.2.2.1 *Wetboek van Strafrecht en Participatiewet*

In het publiekrecht loopt de invulling van het giftbegrip sterk uiteen. In het Wetboek van Strafrecht is in art. 177 kort gezegd strafbaar gesteld het doen van een gift aan een ambtenaar ‘met het oogmerk om hem te bewegen in zijn bediening iets te doen of na te laten’.³¹ Reeds in 1916 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het giftbegrip niet conform het Burgerlijk Wetboek moet worden uitgelegd, maar dat het

‘doen van een gift niet alleen is schenken uit vrijgevigheid, maar omvat elk overdragen aan iemand van iets dat voor hem waarde heeft.’³²

Hieruit blijkt reeds dat het giftbegrip heel ruim wordt uitgelegd. Niet alleen is een bevoordelingsbedoeling niet vereist, maar er is ook geen vermogensverschuiving noodzakelijk. Of de ‘gever’ verarmt is niet van belang. Deze uitleg past binnen doel en strekking van art. 177. Het giftbegrip dient ertoe vast te stellen dat een ambtenaar zich niet oneigenlijk laat beïnvloeden in de wijze waarop hij zijn functie uitoefent.³³ Hierbij past een ruime uitleg van het

³⁰ *Kamerstukken II* 1980-1981, 16 593, nr. 3, p. 139-140.

³¹ In art. 178 Wetboek van Strafrecht is een soortgelijke regeling getroffen voor de rechter. Ook in de art. 363 en art. 364 komt het begrip gift voor.

³² Hoge Raad 25 april 1916, NJ 1916/551.

³³ In die lijn past het om ook het aannemen van seksuele gunsten als een gift aan te merken. Vgl. Hoge Raad 31 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9746, NJ 1994/673.

begrip gift. Het zakelijk functioneren van ambtenaren – en het publieke vertrouwen daarin – staat voorop.³⁴

In de sociale zekerheid is de schenking van belang in de vroegere Bijstandswet, thans de Participatiewet. Op grond van art. 62f Participatiewet kan de bijstand onder bepaalde voorwaarden worden verhaald op degene die van de bijstandsontvanger een schenking heeft ontvangen. In de Participatiewet heeft het schenkingsbegrip de functie om te voorkomen dat iemand zich schenkenderwijs van zijn vermogen ontdoet waardoor hij recht krijgt op bijstand:

‘Het afschuiven van kosten naar de overheid door het doen van schenkingen wordt ten principale niet aanvaardbaar geacht.’³⁵

De verarming van de gever staat hier op de voorgrond. Het voorbeeld van het verstrekken van de renteloze direct opeisbare lening is hier lastig, omdat de bijstandsgerechtigde slechts een beperkt vermogen mag hebben. In zijn algemeenheid kan naar mijn mening wel worden gesteld dat het bewust afzien van de gelegenheid om inkomsten of vermogen te verwerven, binnen doel en strekking van de Participatiewet als een schenking kan worden aangemerkt. De Participatiewet biedt bijvoorbeeld de mogelijkheid om aan de legitimaris de verplichting op te leggen om een beroep te doen op de legitieme portie.³⁶ In dat verband past het binnen doel en strekking van deze regeling dat het niet-opeisen van de legitieme portie, wat volgens de heersende mening in de civielrechtelijke literatuur geen schenking is in de zin van art. 7:186 BW³⁷, als een schenking wordt gezien in de zin van art. 62f Participatiewet.³⁸ De andersluidende uitspraak van Rechtbank Limburg in 2015 is naar mijn mening onjuist.³⁹ De rechtbank oordeelde:

‘Voor het kunnen aannemen van een schenking is immers in de eerste plaats vereist dat de schenker, ten koste van zijn eigen vermogen, de andere partij verrijkt. Er dient aldus sprake te zijn van een vermindering van de vermogenspositie van de schenker. Dat is in casu niet het geval.’

Naar mijn mening is deze overweging te zeer op het civiele giftbegrip geënt en besteedt de Rechtbank ten onrechte geen aandacht aan de vraag of doel en strekking van de Participatiewet een andere invulling vereist.

2.2.2.2 Inkomstenbelasting

In de inkomstenbelasting speelt het schenkingsbegrip een rol in art. 4.17c.⁴⁰ Opvallend is dat slechts in het kopje wordt gesproken over ‘schenking’ terwijl in de wettekst zelf wordt

³⁴ Vgl. de blog van Eelke Sikkema van 14 september 2015 ‘De vage grenzen van het misdrijf corruptie. Overpeinzingen bij een fles wijn’ te raadplegen via <http://blog.ucall.nl/index.php/2015/09/de-vage-grenzen-van-het-misdrijf-corruptie-overpeinzingen-bij-een-fles-wijn/> (geraadpleegd op 28 maart 2017).

³⁵ *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 545, nr. 3, p. 178.

³⁶ Centrale Raad van Beroep 20 december 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ4879.

³⁷ Zie paragraaf 3.6.1.

³⁸ C.H.J. van der Meer, ‘De Wet werk en bijstand en verkrijgingen krachtens erfrecht of schenking: terugvordering en verhaal’, JBN 2008/11, sluit evenmin uit dat er – gelet op het complementaire karakter van de Wet Werk en Bijstand - sprake kan zijn van een schenking.

³⁹ Rechtbank Limburg 3 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8068.

⁴⁰ Het begrip schenking komt ook voor in art. 25, lid 8, onderdeel a, Invorderingswet. Hierin is een regeling getroffen voor onder andere de situatie dat terzake van de aanmerkelijkbelangaandelen een conserverende

verwezen naar art. 4.22 Wet IB 2001. In dat laatste artikel komt het begrip gift evenmin letterlijk voor. De tegenprestatie wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer als bij de vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen een tegenprestatie ontbreekt of is bedongen onder een niet onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst. Hoewel in beide artikelen het begrip gift niet voorkomt, blijkt uit de parlementaire behandeling wel dat de wetgever de bedoeling had de doorschuifregeling van art. 4.17c van toepassing te laten zijn bij een schenking of gift.⁴¹

De vraag is of voor de artt. 4.17c en 4.22 moet worden aangesloten bij het giftbegrip uit het Burgerlijk Wetboek. Voor de toepassing van art. 4.22 heeft de Hoge Raad aangegeven dat dit artikel – gelet op doel en strekking – alleen van toepassing hoort te zijn als er sprake is van een bevoordelingsbedoeling.⁴² Hiermee lijkt de Hoge Raad te verwijzen naar de bevoordelingsbedoeling uit het civielrechtelijke giftbegrip. De vraag is of dit betekent dat deze bepaling ook is beperkt tot de civielrechtelijke gift. Naar mijn mening niet. De Hoge Raad kwam tot zijn oordeel in 2004 op basis van de strekking van art. 4.22. Ik sluit daarom niet uit dat de Hoge Raad aan deze bepaling een ruimere werking toekent als de strekking dit in een andere casus vereist.⁴³

In de inkomstenbelasting komt het begrip gift wel expliciet voor in art. 6.32. Het begrip wordt gedefinieerd in art. 6.33 Wet IB 2001. In art. 16 Wet VPB is een vrijwel gelijklopende definitie opgenomen. Als giften worden aangemerkt – voor zover hier van belang – ‘bevoordelingen uit vrijgevigheid’.

Verdedigd zou kunnen worden dat de term ‘bevoordeling’ ruimer is dan ‘verrijking’. Van Mens merkt daarover op dat ‘bevoordeling’ ook ‘de gelegenheid geven tot vermogensvorming’ omvat. Als het begrip ‘verrijking’ zou worden vervangen door ‘bevoordeling’ zou volgens Van Mens ook het ‘gratis dienstbetoon’ als gift kunnen worden aangemerkt.⁴⁴ De Hoge Raad heeft deze gedachte in 1972 echter van de hand gewezen.⁴⁵ In die procedure wilde de

aanslag is opgelegd en deze aandelen worden geschonken. Onder bepaalde voorwaarden kan in dat geval het uitstel van betaling worden voortgezet. Deze regeling hangt samen met art. 4.17c Wet IB 2001. In binnenlandse verhoudingen kan de belastingclaim in dat geval worden doorgeschoven. Als reeds een conserverende aanslag is opgelegd, voorkomt art. 25, lid 8, letter a, eveneens onmiddellijke afrekening bij schenking.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 3 t/m 6 en p. 46.

⁴² Hoge Raad 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:BI8952, BNB 2004/348.

⁴³ Hoogeveen geeft in haar artikel een voorbeeld van een situatie waarin naar haar mening art. 4.22 wel moet worden toegepast ondanks het feit dat de bevoordelingsbedoeling ontbreekt. Het betreft de situatie waarin de werkgever bij wijze van arbeidsbeloning aandelen toekent aan de werknemer. M.J. Hoogeveen, ‘Schenken van aanmerkelijkbelangaandelen aan werknemers’, WFR 2016/250, onderdeel 5.2.

⁴⁴ K.L.H. Van Mens, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer: Kluwer 1985, p. 180.

⁴⁵ Hoge Raad 12 januari 1972, ECLI:NL:HR:1972:AY4474, BNB 1972/44. In gelijke zin Hoge Raad 1 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4140, BNB 1989/337 ten aanzien van de bibliotheekmedewerker die gedurende 2,5 uur per week op vrijwillige basis werkzaamheden ten behoeve van een stichting verrichtte, zonder dat zij recht had op een beloning voor die werkzaamheden. Als de medewerker wel recht had op een beloning waarvan zij vervolgens afzag, zou er wel een vermogensverschuiving zijn en dus recht op aftrek. In dat geval zou de ‘bedongen’

belastingplichtige, die als onbezoldigd wetenschappelijk medewerker was verbonden aan een museum, zijn niet ontvangen arbeidsvergoeding, aftrekken als gift. De Hoge Raad wijst dit af met de overweging dat als de wetenschappelijke arbeid het museum al ten nutte zou zijn gekomen, dit niet tot aftrek leidt omdat:

‘onder „giften” in de zin van art. 47 van de Wet op de ink.bel. 1964 moeten worden verstaan waardeverschuivingen uit het vermogen van de gever naar dat van de begiftigde, waardoor diens vermogen wordt vergroot.’

Met deze overweging blijft de Hoge Raad binnen het civielrechtelijke schenkingsbegrip waarin naast de bevoordelingsbedoeling de criteria verarming en verrijking een cruciale rol spelen. De vraag is of deze benadering past bij de strekking van deze bepaling. Art. 6.33 is een instrumentele regeling. De wetgever wil giften aan goede doelen stimuleren. De belastingplichtige mag de gift aan een algemeen nut beogende instelling aftrekken van zijn inkomen. In die benadering past het om de voorwaarde te stellen dat gever moet verarmen en het goede doel wordt verrijkt. De vraag is echter welke verarming en verrijking tot een aftrekbare gift moet leiden. Is dat de juridische verarming en verrijking in de zin van een vermogensverschuiving, of ook de economische verrijking en verarming die optreedt als kosten worden bespaard c.q. wordt afgezien van opbrengsten?

De Hoge Raad lijkt een juridische vermogensverschuiving te eisen. Binnen de inkomstenbelasting, zou mijns inziens echter de door Van Dijck en Van Vijfeijken ten tonele gevoerde ‘congruentieregel’ leidend horen te zijn.⁴⁶ Op grond van de congruentieleer wordt de belastingplichtige die geen vergoeding bedingt in economische zin hetzelfde behandeld als een belastingplichtige die wel een vergoeding bedingt en deze vergoeding schenkt. Het past binnen doel en strekking van de inkomstenbelasting om niet de juridische vormgeving doorslaggevend te achten voor de belastingheffing, maar het economische resultaat. De belastingplichtige die arbeid verricht en daarvoor een vergoeding ontvangt, is loonbelasting verschuldigd. Als deze vergoeding (volledig) aftrekbaar is als gift, is hij per saldo geen belasting verschuldigd over zijn werkzaamheden. De belastingplichtige die afziet van een arbeidsvergoeding is evenmin belasting daarover verschuldigd. In beide gevallen is het economisch resultaat hetzelfde: de arbeidsvergoeding behoort niet (meer) tot het vermogen van de belastingplichtige en daarover is – per saldo – ook geen belasting verschuldigd. In deze lijn past de jurisprudentie van de Hoge Raad dat het afzien van een arbeidsvergoeding, niet tot een aftrekbare gift leidt.

In 1999 oordeelde de Hoge Raad dat het afstaan van bloed niet leidt tot een vermogensverschuiving, waardoor het afzien van een vergoeding daarvoor geen aftrekbare gift is.⁴⁷ Ook dit oordeel past binnen de congruentieregel.⁴⁸ Als de bloeddonor wel een vergoeding

vergoeding overigens ook belast zijn met inkomstenbelasting. Vgl. Hoge Raad 3 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AX5999, BNB 1968/133.

⁴⁶ J.E.A.M. van Dijck en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Instellingen van algemeen nut*, Deventer: Kluwer 2005, paragraaf 8.6.3.

⁴⁷ Hoge Raad 22 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2865, BNB 1999/422.

⁴⁸ Zie voor kritiek op deze uitspraak: J.E.A.M van Dijck in zijn noot bij BNB 1999/422 en K.L.H. van Mens, *Bloed, een bijzondere gift (afscheidsrede)*, SDU: Den Haag 2011, paragraaf 14.1.

had ontvangen voor het afstaan van het bloed, zou deze vergoeding belast zijn.⁴⁹ Als de bloeddonor deze vergoeding schenkt en aftrekt als gift, is er per saldo geen belasting verschuldigd. Het financiële resultaat is dan gelijk aan de situatie dat de bloeddonor afziet van een vergoeding: geen heffing, maar ook geen aftrek.⁵⁰

In de congruentiegedachte past daarentegen niet het oordeel van de Hoge Raad dat het verstrekken van een (niet direct-opeisbare) renteloze lening, een gift is voor het verschil tussen de nominale en contante waarde.⁵¹ Hoewel hier in juridische zin een vermogensverschuiving plaatsvindt, zou de niet-ontvangen rente in mijn ogen geen aftrekbare gift horen te zijn. Onder de Wet IB 1964 werd de niet-bedongen rente niet belast. Door deze – fiscaal niet genoten - rente wel als aftrekbare gift aan te merken, werd degene die een renteloze lening verstrekt gunstiger behandeld dan degene die een rentedragende lening verstrekt en de rente schenkt. In het laatste geval zou immers over de rente wel belasting zijn verschuldigd. Door de giftenaftrek is dan per saldo geen belasting over deze rente verschuldigd. De belastingplichtige die een renteloze lening verstrekt heeft niet het nadeel, de belastingheffing over de rente, maar wel het voordeel, namelijk de giftenaftrek. Onder de Wet IB 2001 is deze situatie minder eenduidig. Enerzijds kan men stellen dat de vordering voor box 3 vanwege de renteloosheid op een lagere waarde wordt gesteld, zodat de niet-ontvangen rente ook niet wordt belast. In dat geval zou deze rente ook niet als gift in aftrek gebracht moeten kunnen worden. Anderzijds brengt het forfaitaire karakter van box 3 nog steeds met zich mee dat de vordering wordt geacht inkomsten op te leveren. De situatie is duidelijker als een direct opeisbare lening wordt verstrekt. In dat geval zou de niet-ontvangen rente volledig aftrekbaar moeten zijn als gift. De vordering wordt immers voor de nominale waarde in box 3 meegenomen. De niet-ontvangen rente wordt op deze wijze forfaitair belast, zodat aftrek op zijn plaats is.

Omdat de verarming van de gever centraal staat in de inkomstenbelasting, zou de volledige gederfde rente aftrekbaar moeten zijn. Het bedrag waarmee de instelling is verrijkt, is niet van belang. Voldoende is, dat de instelling is verrijkt.⁵²

Hoewel de congruentieleer naar mijn mening het beste past binnen doel en strekking van de inkomstenbelasting, lijkt de Hoge Raad strikt vast te houden aan het giftbegrip uit het Burgerlijk Wetboek.

2.2.2.3 Successiewet

Ook voor de Successiewet lijkt de Hoge Raad strikt vast te houden aan het civielrechtelijke giftbegrip.⁵³ Deze benadering van de Hoge Raad lijkt sinds 2010 gecodificeerd te zijn in de

⁴⁹ Hoge Raad 3 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:BH7882, BNB 1990/329.

⁵⁰ Als de belastingplichtige zijn lichaam definitief aantast, en bijvoorbeeld een nier zou schenken, zou de congruentieregel met zich meebrengen dat er wel sprake is van een aftrekbare gift. De definitieve aantasting van het menselijk lichaam is immers onbelast. Vgl. A.C. Rijkers, 'Letselschadevergoeding', NTFR 2002/1724.

⁵¹ Hoge Raad 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1947, BNB 2003/350.

⁵² In gelijke zin J.E.A.M. van Dijck en I.J.F.A. van Vijfeijken, t.a.p., paragraaf 8.5. Anders J.E.A.M. van Dijck in zijn noot bij BNB 1999/422.

Successiewet: voor het schenkingsbegrip wordt simpelweg volstaan met de verwijzing naar het giftbegrip in het Burgerlijk Wetboek. Zoals eerder opgemerkt betekent dit naar mijn mening niet dat dit begrip exact hetzelfde moet worden ingevuld. Zoals hiervoor aangegeven heeft het giftbegrip in het Burgerlijk Wetboek vooral de functie om bepaalde personen te beschermen tegen financieel nadelige transacties. Daarbij passen de civielrechtelijke schenkingscriteria van verarming, verrijking en bevoordelingsbedoeling.

In het verleden heeft de Hoge Raad voor de uitleg in andere wetten, wel op grond van doel en strekking aan het giftbegrip een andere invulling gegeven. Reeds in 1916 oordeelde de Hoge Raad dat het giftbegrip in art. 177 Wetboek van Strafrecht anders ingevuld diende te worden.⁵⁴ In 1980 oordeelde de Hoge Raad dat voor het begrip schenking in de Faillissementswet geen bevoordelingsbedoeling was vereist.⁵⁵ In het oude art. 44 FW was de ‘actio pauliana’ geregeld ingeval van een faillissement (het huidige art. 42 FW). De curator kon de schenking die door de schuldenaar werd gedaan en waarvan deze wist dat daardoor de schuldeisers zouden worden benadeeld, vernietigen. De gedachte achter deze bepaling is dat schuldeisers meer bescherming nodig hebben dan iemand die iets om niet heeft ontvangen. De begiftigde die het ontvangene moet teruggeven, wordt niet zozeer een nadeel toegebracht, maar veeleer ‘een ongedachte winst’ onttrokken. Mede daarom oordeelde de Hoge Raad in 1979 dat het begrip schenking voor de Faillissementswet anders ingevuld diende te worden dan in het Burgerlijk Wetboek. In het huidige art. 42 FW is het begrip gift vervangen door de onverplichte rechtshandeling om niet.

Ook voor de Participatiewet bestaat er aanleiding om op grond van doel en strekking van deze wet het schenkingsbegrip anders in te vullen. De hoogste rechter heeft zich daarover echter nog niet uitgelaten. Zoals hiervoor aangegeven lijkt Rechtbank Limburg onverkort aan te sluiten bij het giftbegrip uit het Burgerlijk Wetboek. Hof Amsterdam oordeelt daarentegen in 2010:

‘Anders dan de man is het hof van oordeel dat verhaal op grond van een schenking als bedoeld in artikel 62f WWB aan andere criteria is onderworpen dan het schenkingsbegrip van artikel 7:175 lid 2 BW. Bij toepassing van artikel 62f WWB is rechtens niet relevant of bij de man al dan niet de intentie heeft bestaan de eigendom van de woning ten titel van schenking te verkrijgen.’⁵⁶

⁵³ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 26 februari 1986, BNB 1986/161 t/m 163 (ECLI:NL:HR:1986:AC9249, ECLI:NL:HR:1986:AC9248, ECLI:NL:HR:1986:AW8087) en Hoge Raad 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF1029, BNB 2009/179.

⁵⁴ Hoge Raad 25 april 1916, NJ 1916/551.

⁵⁵ Hoge Raad 1 juni 1979, NJ 1980, ECLI:NL:HR:1979:AB7492610.

⁵⁶ In die zaak had de bijstandsgerechtigde in 1980 samen met zijn vader de eigendom van een woning verkregen. De bijstandsgerechtigde bezit daardoor vermogen waarover hij niet kan beschikken (de moeder woont in de woning), waardoor de gemeente begin 2006 besluit om de bijstandsuitkering om te zetten in een geldlening. In juni 2006 wordt in een akte overeengekomen dat wordt gedaan alsof het pand destijds alleen door (de inmiddels overleden) vader was gekocht. Partijen verklaarden dat het feit dat het onderhavige pand door de vader en een zoon in eigendom is verkregen, alleen de juridische realiteit is en niet de economische. De wijze van aankoop was nodig voor de financiering. Men lijkt hier te betogen dat er bij de overdracht in 2006 geen sprake is van een bevoordelingsbedoeling. Hof Amsterdam 14 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BP0918, acht dit niet relevant.

Waar in de andere wetten wel ruimte is om het giftbegrip anders in te vullen, lijkt de Hoge Raad deze mogelijkheid voor de inkomstenbelasting en de Successiewet van de hand te wijzen. Hiervoor heb ik aangegeven, dat voor de inkomstenbelasting per wettelijke regeling waarin het schenkingsbegrip een rol speelt, gezien dient te worden op welke wijze dit ingevuld moet worden. Zowel voor de aanmerkelijkbelangregeling (art. 4.17c en art. 4.22) als voor de aftrekbare gift-regeling dient naar mijn mening niet strikt te worden vastgehouden aan het civielrechtelijke giftbegrip. Voor de aftrekbare gift-regeling zou naar mijn mening de congruentieleer, waarin economisch gelijke situaties voor de belastingheffing hetzelfde worden behandeld, leidend moeten zijn voor de invulling van het giftbegrip.

Ook voor de Successiewet dient gezien te worden op welke wijze, gelet op de functie van het schenkingsbegrip binnen deze wet, het giftbegrip ingevuld moet worden. Dit komt in het volgende hoofdstuk aan bod.

3. Naar een fiscaal schenkingsbegrip

3.1 Inleiding

Hiervoor heb ik in paragraaf 1.1. aangegeven dat de Successiewet in mijn ogen een rechtvaardige heffing is omdat het heft over een draagkrachtvermeerdering waarvoor de verkrijger bovendien geen enkel offer heeft hoeven brengen. Ook in de inkomstenbelasting staat de draagkrachtvermeerdering van de verkrijger centraal. Men kan zich afvragen waarom er twee wetten nodig zijn om de draagkrachtvermeerdering van de natuurlijk persoon te belasten. Het zou naar mijn mening wenselijk zijn om – op termijn – de Successiewet te incorporeren in de inkomstenbelasting.⁵⁷ In het uiterste geval zou dat kunnen betekenen dat geen afzonderlijk schenkingsbegrip meer nodig is. Als in box 2 en box 3 het werkelijk inkomen wordt belast (op basis van een vermogenswinst- of vermogensaanwasbelasting), zou in box 4 iedere draagkrachtvermeerdering kunnen worden belast die niet op grond van een van de voorafgaande boxen is belast.

Dit lijkt echter nog verre toekomstmuziek. Daarom ga ik er hierna vanuit dat het wenselijk is om schenkingen en erfenissen te belasten – en dus niet iedere draagkrachtvermeerdering die niet met inkomstenbelasting belast is geweest.⁵⁸ Dit uitgangspunt brengt mee dat het schenkingsbegrip moet worden ingevuld. In de volgende paragraaf schets ik kort het kader voor deze invulling, waarna ik in de daaropvolgende paragrafen de verschillende civielrechtelijke schenkingscriteria daaraan toets.

⁵⁷ Vgl. P.T. de Beer, 'De belaste dood: belastingheffing op erfenissen', in: Belasting met Beleid, SDU: Den Haag 2007, p. 302: 'De meest eenvoudige wijze (...) is, (...) een erfenis als inkomen te beschouwen en deze onder de inkomstenbelasting te laten vallen.' Ook Kavelaars heeft recent geopperd dat bij invoering van een vermogenswinstbelasting de Successiewet kan vervallen. P. Kavelaars, 'Van box 3 naar een vermogensmutatieheffing', WFR 2016/131, onderdeel 3.2.k.

⁵⁸ De gelukkige vinder van de portemonnee met inhoud, kan derhalve noch met inkomstenbelasting, noch met schenkbelasting worden getroffen. In gelijke zin I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De Wet schenk- en erfbelasting 2010', WPNR 2008/6757. Anders R.M. Freudenthal, 'Over een luie wetgever, en slapend rijke burgers', WFR 2007/1062 die meent dat het voordeel wel met inkomstenbelasting kan worden getroffen.

3.2 Criteria invulling schenkingsbegrip

3.2.1 De draagkrachtvermeerdering van de verkrijger is het uitgangspunt

In de Successiewet wordt de draagkrachttoename van de verkrijger belast. Dit betekent dat diens verrijking moet worden belast. Als er een discrepantie bestaat tussen het bedrag van de verarming en het bedrag van de verrijking, dient de schenking te worden gesteld op het bedrag van de verrijking van de verkrijger.

3.2.2 Voordeel moet zijn ontstaan vanwege de privésfeer

Hiervoor is opgemerkt dat de verrijking van de begiftigde het uitgangspunt is voor de schenkbelasting. In die zin zou de loutere verrijking en de persoon die verantwoordelijk is voor deze verrijking⁵⁹ voldoende moeten zijn voor heffing. Zoals hiervoor opgemerkt, wordt de gedachte om de Successiewet te laten opgaan in de inkomstenbelasting thans verworpen. Dit brengt echter met zich mee dat er – afgezien van de verrijking - aanvullende criteria moeten worden geformuleerd waaraan het schenkingsbegrip in de Successiewet moet voldoen.

In de Duitse literatuur wordt gewezen op de twee belangrijke functies van een van de elementen van de ‘Willen zur Freigebigkeit’, nl. de ‘Wille zur Unentgeltlichkeit’:

‘Zum einen gibt es dem Tatbestand Gestalt, indem es ihn gegenüber der unübersehbaren Vielzahl denkbarer Sachverhalte, in denen sich gesteigerte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit äußert, abgrenzt und macht ihn so für die Finanzbehörden praktikabel. Zum anderen verhindert der „Wille zur Unentgeltlichkeit“, daß die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung in Einkommensteuer einerseits und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer andererseits aufgehoben wird.’⁶⁰

Het gaat om de praktische uitvoerbaarheid en de afbakeningsfunctie van dit begrip. Beide functies zijn ook voor de Nederlandse Successiewet cruciaal. Het moet duidelijk zijn welke toename van de draagkracht belast hoort te zijn op grond van de Successiewet. Daarbij dienen de draagkrachtvermeerderingen die al worden bestreken door een andere wet, buiten de Successiewet te worden gehouden. Het loon dat de werknemer ontvangt van de werkgever, is belast met loonbelasting en dient niet nogmaals met schenkbelasting te worden belast. De prijs die men wint in de staatsloterij is al belast met kansspelbelasting en dient evenmin met schenkbelasting getroffen te worden. Er zijn dus criteria nodig die ervoor zorgen dat dergelijke ontvangsten niet worden belast met schenkbelasting.⁶¹ De belangrijkste andere wet op grond

⁵⁹ Omdat voor de schenkbelasting de mate van verwantschap van belang is tussen de gever en begiftigde (‘eerste progressie’).

⁶⁰ F. Klein-Blenkers, Die Bedeutung subjektiver Merkmale im Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrecht, Duncker & Humblot, Berlin: 1991, p. 186.

⁶¹ Dat de inkomstenbelasting onvolledig is in het belasten van de draagkracht betekent niet dat deze verkrijgingen dan moeten worden belast met schenkbelasting. Als de heffing in de inkomstenbelasting thuishoort – omdat de transactie in het economische verkeer plaatsvindt – maar dit vanwege de bronnentheorie niet gebeurt, dient deze omissie niet in de schenkbelasting te worden hersteld. Vgl. ook I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘De Wet schenk- en erfbelasting 2010’, WPNR 2008/6757.

waarvan de draagkracht wordt belast is de inkomstenbelasting. Op grond van deze wet zou de draagkrachtvermeerdering belast moeten worden die plaatsvindt in het economisch verkeer.⁶² In de Successiewet moeten dan de draagkrachtvermeerderingen worden belast die voortvloeien uit de privésfeer. Vgl. Buining⁶³:

‘Maar hoe gecompliceerd en duister de achtergrond ener schenking er ook moge uitzien, een ander bevoordelen ten koste van zichzelf betekent dat men buiten de economische sfeer treedt, dan men zich nu juist eens niet als homo-economicus gedraagt.’

3.2.3 Materiële benadering

Hoewel de Successiewet van oudsher aanknoopt bij civielrechtelijk omschreven begrippen, zoals ‘krachtens erfrecht’ en ‘krachtens schenking’, moet niet uit het oog worden verloren dat de Successiewet, net als de inkomstenbelasting, een belastingwet is. Zowel voor de inkomstenbelasting als ook voor de Successiewet moet naar mijn mening de economische realiteit voorop staan. Situaties die weliswaar juridisch verschillend, maar qua economisch resultaat vergelijkbaar zijn, dienen zoveel mogelijk hetzelfde te worden behandeld.

Hierna besteed ik aandacht aan de vraag op welke wijze het schenkingsbegrip voor de Successiewet ingevuld zou moeten worden zodat uitsluitend en iedere – economische – verrijking van de begiftigde wordt belast die ontstaat vanwege de privésfeer.

3.3 Verarming

3.3.1 Verarmingscriterium nodig in de Successiewet?

Zoals hiervoor opgemerkt beoogt de Successiewet vooral de draagkrachttoename van de verkrijger te belasten. Dit roept de vraag op of de voorwaarde moet worden gesteld dat de ‘gever’ moet verarmen. Vanwege de hiervoor genoemde afbakeningsfunctie, meen ik dat dit criterium niet kan vervallen. Het verarmingscriterium voorkomt namelijk dat zakelijke transacties worden belast met schenkbelasting. Dit zal ik hieronder toelichten aan de hand van twee aan de jurisprudentie ontleende voorbeelden.

De eerste casus betreft een uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden. Het hof moest oordelen over de situatie dat de beperkt gerechtigde afstand deed van zijn recht van gebruik en bewoning, nadat dit recht voor de beperkt gerechtigde waardeloos was geworden vanwege de

⁶² Kavelaars merkt op dat thans in de inkomstenbelasting ook voordelen worden belast die niet voortvloeien uit deelname aan het economische verkeer, zoals diverse sociale zekerheidsuitkeringen en partneralimentatie. P. Kavelaars, ‘Van box 3 naar een vermogensmutatieheffing’, WFR 2016/131, onderdeel 3.2.k. In mijn ogen komen dergelijke voordelen wel op in het economische verkeer. De sociale zekerheidsuitkeringen worden immers van een derde ontvangen. Vgl. Hoge Raad 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY3626, BNB 2007/246, waarin werd geoordeeld dat de betaling door zoon aan moeder uit een door de overheid verstrekt persoonsgebonden budget, meebrengt dat zorg wordt ingekocht zodat de werkzaamheden hebben plaatsgevonden in het economische verkeer. Dat geldt ook voor de partneralimentatie. Omdat de echtgenoten gescheiden zijn, verschilt hun relatie niet van die van derden.

⁶³ J.R.H. Buining, ‘Fiscale problemen rondom schenkingen’, Prae-adviezen voor de Broederschap der Notarissen in Nederland, 1962, p. 43.

opname in een verzorgingstehuis. De inspecteur stelde zich op het standpunt dat hierin een schenking lag besloten voor de blote eigenaren. Bij de vestiging van het beperkt recht was uitsluitend overeengekomen dat het recht zou eindigen bij overlijden. De voortijdige beëindiging leidde tot een verrijking van de blote eigenaren. Hof Leeuwarden oordeelde echter dat er geen schenkbelasting was verschuldigd omdat de wil tot bevoordeling ontbrak.⁶⁴ De staatssecretaris merkt in een toelichting op af te zien van cassatie omdat de ouders niet zijn verarmd.⁶⁵ Dat laatste is naar mijn mening juist. Door de verhuizing naar het verzorgingstehuis was het recht van de ouders immers waardeloos geworden.⁶⁶

Een andere situatie waarin er wel sprake was van een verrijking maar (in mijn ogen) niet van een verarming deed zich voor in Hoge Raad 21 januari 1976, BNB 1976/64. In die situatie had een in het buitenland wonende zus bij haar broer een lijfrentecontract gesloten. De koopsom voor de premie bedroeg fl. 180.000 terwijl de waarde van het lijfrenterecht fl. 217.000 was. De inspecteur merkte het verschil aan als een belaste schenking. De Hoge Raad merkt op:

‘Voor een schenking is niet voldoende dat een der partijen bij de overeenkomst genoeg heeft genomen met een prestatie die minder waard is dan de economische waarde van de prestatie waartoe hij zich heeft verplicht, maar tevens is vereist dat de overeenkomst is aangegaan uit vrijgevigheid, d.w.z. ter wille van het in de overwaarde gelegen voordeel.’

De Hoge Raad meent dus dat hier niet aan de vrijgevigheidseis is voldaan. Naar mijn mening zou de schenking hier al af moeten ketsen op het verarmingscriterium. De broer gaf zelf immers aan dat de transactie voor hem uitermate voordelig was, aangezien tegenover de verplichting aan lijfrentetermijnen te betalen tot een bedrag van maximaal fl. 270 000, een voordeel stond van, naast de koopsom ad fl. 180 000, een belastingbesparing van ongeveer fl. 189.000. Door het belastingvoordeel in de inkomstenbelasting, verarmde de broer niet.

Naar mijn mening dienen deze transacties niet belast te worden met schenkbelasting. Zoals in paragraaf 3.2 aangegeven zou in de Successiewet de draagkrachtvermeerdering belast moeten worden die opkomt vanwege de privésfeer. In de hiervoor behandelde casus, bleef het voordeel weliswaar in de privésfeer maar ontstond het niet vanwege de privésfeer. De hiervoor behandelde situaties zijn niet onzakelijk. Ook in zakelijke verhoudingen zou men af kunnen zien van een beperkt recht dat waardeloos is geworden of een lijfrentecontract kunnen sluiten waarbij het inkomstenbelastingvoordeel wordt gedeeld. Dergelijke transacties dienen niet met schenkbelasting te worden getroffen. Er ontstaat alleen een voordeel vanwege de privésfeer als er onzakelijk wordt gehandeld. Verarming is een belangrijke conditie voor onzakelijk handelen. Op grond hiervan zou naar mijn mening ook het eventuele voordeel dat voortvloeit uit een kanscontract niet belast moeten worden met schenkbelasting. Tegenover de kans op voordeel staat, ten tijde van het sluiten van het contract, een even grote kans op nadeel. Van een verarming, ten tijde van het sluiten van het contract, is naar mijn mening geen sprake.⁶⁷ Meer

⁶⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AS3945, V-N 2005/21.26.

⁶⁵ V-N 2005/25.18.

⁶⁶ Zie mijn bijdrage ‘Afstand van recht van gebruik en bewoning en schenkingsrecht’, FBN 2005/27.

⁶⁷ In de jurisprudentie wordt ervan uitgegaan dat de bevoordelingsbedoeling ontbreekt. Vgl. Hoge Raad 7 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2269, NJ 1997/595, voor de vraag of inkorting kon plaatsvinden bij een verkrijging op

in het algemeen, meen ik dat bij overeenkomsten onder bezwarende titel, niet aan het verarmingscriterium is voldaan als de prijs is overeengekomen op zakelijke gronden. De waarde in het economische verkeer van art. 21 SW, dient daarvoor niet het uitgangspunt te zijn. Dit licht ik in paragraaf 3.5.3.4.d nader toe. In die paragraaf komen nog enkele voorbeelden aan bod waarin naar mijn mening geen sprake is van een verarming.

Het voorgaande betekent overigens niet dat de omvang van de verarming van belang is. Zodra er een verarming is, dient naar mijn mening schenkbelasting te worden geheven over het bedrag van de verrijking.

3.3.2 Andere invulling verarmingscriterium

Hoewel naar mijn mening het verarmingscriterium moet worden gehandhaafd, dient dit begrip naar mijn mening wel anders te worden ingevuld. Het feit dat een partij verarmt, is een belangrijke indicatie dat er sprake is van een onzakelijke transactie die in principe – als aan de overige hierna te behandelen voorwaarden wordt voldaan – belast kan worden met schenkbelasting. Er is echter geen reden om de verarming op te vatten als een vermogensachteruitgang. Ook een verarming in economische zin, waarbij men zonder zakelijke vergoeding zich bewust opbrengsten laat ontgaan, is een aanwijzing dat een voordeel is ontstaan vanwege de privésfeer.

Een voorbeeld daarvan is het gratis verrichten van arbeid. Stel dat de zoon een huis wil laten bouwen. Vader is aannemer en maakt de tekening, koopt op rekening van de zoon alle materialen en bouwt het huis. Stel dat de materialen € 200.000 kosten, die door de zoon zelf zijn betaald, en het gebouwde huis uiteindelijk € 400.000 waard is. In het civielrechtelijke schenkingsbegrip is daarin geen schenking te onderkennen.⁶⁸ De vraag is of dit uitgangspunt voor de Successiewet ook juist is. De draagkracht van de zoon is immers toegenomen met € 200.000. Of er een financiële verarming heeft plaatsgevonden bij de schenker zou voor de Successiewet niet relevant horen te zijn. De vader verricht de gratis arbeid vanwege de privésfeer. Een dergelijke verarming is daarom naar mijn mening ook een verarming in de zin van de Successiewet.⁶⁹

grond van een verblijvensbeding en Hoge Raad 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1081, NJ 1994, 257 voor de pauliana (art. 1377 (oud) BW, thans art. 3:45 BW). Zie ook Hoge Raad 15 november 1918, NJ 1919, p. 39.

⁶⁸ Anders o.a. H.F.C. Schoordijk, 'Boekbespreking', FED 1987/5. Hij merkt op: 'wie in de vrije tijd de boekhouding van zijn zuster bijhoudt, schenkt niet. De boekhouder die wekelijks een middag vrij neemt en daartoe een zakelijke relatie laat schieten en ten behoeve van een vriend, die een bedrijf heeft, de boeken bijhoudt, schenkt wel. Het is arbeid, die in deze context als economisch te waarderen valt.' Hoewel ook andere auteurs verdedigen dat dit een schenking zou moeten zijn, is de heersende mening in de literatuur dat dit niet rechtens is. Vergelijk Gr. van der Burght, 'Het konijn met de hoge hoed of het scheppen van bevoordelingen', WFR 1986/1212, onderdeel 5.

⁶⁹ Ook bij een herroepelijke schenking waarbij het herroepingsrecht volledig afhankelijk is van de wil van de schenker, kan men betogen dat er – in juridische zin – geen verarming heeft plaatsgevonden. In het vermogen zit immers nog het herroepingsrecht (voor de nominale waarde omdat het ieder moment kan worden ingeroepen). Vgl. J.B. Vegter, 'Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking', WPNR 2008/6744, onderdeel 1. Omdat er in economische zin wel een verarming plaatsvindt – de schenker ziet immers af van de mogelijkheid om het vermogen zelf (opbrengstgevend) aan te wenden – is in mijn voorstel de ongeclausuleerde herroepelijke schenking wel een schenking in de zin van de Successiewet.

Het belang van het laten vervallen van deze voorwaarde moet niet worden onderschat. Van Mens merkt reeds op dat de factor arbeid van relatief groot gewicht is geworden in vergelijking tot vermogen.⁷⁰ Als vader eerst loon ontvangt of winst maakt en dit bedrag schenkt aan zijn kinderen, is dit een belaste schenking die kan worden belast met schenkbelasting. In het huidige civielrechtelijke schenkingsbegrip zou echter vrij eenvoudig schenkbelasting kunnen worden ontgaan middels een BV-structuur. Als de begiftigden aandeelhouder zijn van de BV, die een onderneming drijft, maar waarvoor vader de werkzaamheden verricht is er – gelet op de hiervoor aangehaalde jurisprudentie – geen sprake van een schenking als vader deze werkzaamheden gratis – of tegen een te lage vergoeding – verricht.⁷¹ Het betreft dus niet alleen het hiervoor genoemde standaardvoorbeeld van het zonder vergoeding bouwen van een huis of het spitten in de moestuin van de buurman.⁷²

Een probleem bij deze benadering zou kunnen zijn dat ook situaties worden bestreken waarbij de heffing van schenkbelasting uit maatschappelijk oogpunt onwenselijk zou zijn. Zoals de niet-betaalde arbeid die de huisman of huisvrouw voor het gezin verricht en de oppasouders of opa's en oma's. Dit kan worden ondervangen door alleen de arbeid die de 'gebruikelijke hulp en bijstand' te boven gaat als een verrijking aan te merken. Zie paragraaf 3.4 hierna.

Een ander voorbeeld dat in de literatuur wordt aangehaald waarbij er wel sprake zou zijn van een verrijking maar niet van een verarming is de omzetting van de stichting in een BV ex art. 2:18 BW.⁷³ Omdat de civielrechtelijke regeling de rechtspersoon onaangetast laat, vindt er in juridische zin geen vermogensovergang plaats van de stichting naar de BV. Hierdoor zou de stichting niet verarmen door de uitgifte van de aandelen. Ook hier zou in mijn ogen het verarmingscriterium economischer moeten worden benaderd. Door de omzetting houdt de stichting op te bestaan. In juridische zin houdt de rechtspersoon weliswaar niet op te bestaan, maar de rechtsvorm verandert wel van een stichting, zonder aandeelhouders, naar een B.V., met aandeelhouders. Het vermogen van de stichting gaat dus wel in economische zin over van de stichting naar de BV. Omdat de aandeelhouders (indirect) verrijken door de uitgifte van de aandelen, zou in mijn benadering wel schenkbelasting geheven kunnen worden.

Kortom, omdat de draagkrachttoename van de verkrijger die opkomt in de privésfeer moet worden belast met schenkbelasting, zou de verarming van de 'gever' voor de Successiewet niet beperkt horen te zijn tot een louter financiële verarming. De vraag of er sprake is van belaste vermogensovergang moet in economische zin worden beoordeeld. Op deze wijze worden situaties die in economisch opzicht vergelijkbaar zijn, hetzelfde behandeld.

⁷⁰ K.L.H. van Mens, t.a.p., p. 179.

⁷¹ De vraag is hoe een dergelijke handelwijze in de inkomstenbelasting wordt geduid. De fictieflonregeling van art. 12a Wet LB is op vader niet van toepassing omdat hij geen aanmerkelijk belang heeft. Naar mijn mening kan vader in dit voorbeeld niet worden belast met inkomstenbelasting. Als vader wel zou kunnen worden belast met inkomstenbelasting (omdat hij bijvoorbeeld ook AB-houder is), laat dit de conclusie dat er sprake zou moeten zijn van een schenking onverlet. Ook in dat geval is de schenking te stellen op de waarde waarmee het kind verrijkt.

⁷² W.M. Kleijn, 'Schenking in het NBW', NJB 1973, aflevering 24a, p. 26.

⁷³ H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, Schenking, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 19

3.4 Verrijking

3.4.1 Inleiding

In een belasting die de draagkrachttoename van de verkrijger wil belasten is de verrijking een cruciaal begrip. De invulling van dit begrip dient echter ook nu weer te geschieden overeenkomstig doel en strekking van de Successiewet. In die opvatting zou naar mijn mening het begrip verrijking moeten worden opgevat als een toename van de economische beschikkingsmacht. Hieraan kleven twee aspecten. Het eerste aspect is dat de verrijking evenals de verarming niet louter zou moeten worden opgevat als een vermogensverschuiving, in dit geval een vermogensvoortgang. De vermogensvoortgang moet ook nu in economische zin worden opgevat. Hieraan besteed ik in paragraaf 3.4.2 aandacht. Het tweede aspect betreft de beschikkingsmacht. De verrijking dient naar mijn mening pas tot een belaste schenking te leiden als de verrijking leidt tot een verkrijging van de economische beschikkingsmacht. Dit komt in paragraaf 3.4.3 aan bod.

3.4.2 Economische verrijking

Zoals hiervoor aangegeven, dient het begrip verrijking niet louter te worden opgevat als een vermogensverschuiving, oftewel een financiële verrijking. In economische zin vindt ook een verrijking plaats als kosten worden bespaard. In economische zin neemt de beschikkingsmacht toe voor de verkrijger van een renteloze direct opeisbare geldlening. Of van degene die gratis in een woning mag wonen.⁷⁴

Als verrijking in economische zin wordt opgevat, ontvangt ook het nichtje, dat door de oom is meegenomen op een geheel verzorgde wereldreis, een belaste schenking. Het nichtje bespaart zich kosten. Hetzelfde geldt voor schenkingen in natura van goederen of rechten die persoonlijk en niet-overdraagbaar zijn. In de literatuur wordt wel het voorbeeld genoemd van de schenking van een persoonlijk, niet-overdraagbaar abonnement op een concertreeks of een persoonlijk treinabonnement.⁷⁵ Ook kan men denken aan vliegtickets die persoonlijk en niet-overdraagbaar zijn. Dit betreffen vrij geringe bevoordelingen die waarschijnlijk alleen al vanwege de vrijstelling niet belast worden. Maar wat als het een persoonlijk en niet-overdraagbaar retourtje naar de ruimte betreft? De eerste ruimtevaarttoerist, Dennis Tito, had

⁷⁴ De opvatting dat de economische verrijking tot een gift kan leiden wordt overigens ook voor het civielrechtelijke giftbegrip verdedigd. Vgl. o.a. Gr. van der Burght, 'Van de begiftigde schenker en de begeesterde begiftigde', Met Recht Verenigd, Dijkbundel, Gouda Quint 1986, p. 39, K.L.H. van Mens, t.a.p., p. 180 en G. Megchelsen en J.B. Vegter, 'Schenking volgens titel 7. 3', WPNR 1995/6187, p. 468.

⁷⁵ H. Buining, Fiscale problemen rondom schenkingen, Prae-adviezen voor de Broederschap der Notarissen in Nederland, 1962, p. 10. In het huidige schenkingsbegrip dient te worden beoordeeld in hoeverre men dergelijke zaken daadwerkelijk voor een ander kan regelen. Dat men deze zaken voor de ander kan betalen, betekent immers nog niet dat men ze ook echt voor de ander kan afsluiten of boeken. Als de begiftigde zelf een overeenkomst moet sluiten met het concertgebouw, de NS of de vliegmaatschappij, vloeit daaruit een betalingsverplichting voor de begiftigde voort. Als de schenker deze schuld voor hem voldoet, is er sprake van een schenking. Hij wordt immers bevrijd van een schuld waardoor zijn vermogen toeneemt. Als de begiftigde de schenking aanvaardt, verrijkt hij met het bedrag waarmee hij van zijn schuld wordt bevrijd.

in 2001 twintig miljoen dollar over voor een vakantie van bijna acht dagen naar het ruimtestation ISS.⁷⁶

Naar mijn mening is er geen dwingende reden om kostenbesparingen en de niet-overdraagbare schenking in natura buiten het schenkingsbegrip voor de Successiewet te houden. Als de schenking wordt aanvaard, kan immers moeilijk worden volgehouden dat de begiftigde niet is verrijkt. De volgende vraag is echter voor welke waarde deze bevoordeling in de heffing betrokken moet worden. Als Dennis Tito de ruimtereis toch al had willen maken, dan is de waarde van de bevoordeling te stellen op 20 miljoen dollar. Als hij het echter wel een aardig kado vond, maar zelf nooit dat bedrag voor die reis over zou hebben, zou de waarde van de bevoordeling veel lager kunnen liggen. De gedachte komt op aan de 'besparingswaarde' in de loonbelasting.⁷⁷ Omdat de besparingswaarde buitengewoon subjectief is en lastig te bepalen, heeft deze waarde niet mijn voorkeur. Voor de Successiewet dient naar mijn mening de waarde in het economische verkeer⁷⁸ het uitgangspunt te zijn. De tegenwerping dat de begiftigde niet is verrijkt met deze waarde omdat hij de reis zelf niet zou hebben gemaakt, het abonnement zelf nooit zou hebben gekocht of nooit met de trein reist, overtuigt mij niet. De begiftigde hoeft immers de schenking niet te aanvaarden. Als de begiftigde de schenking niet aanvaardt, is hij geen schenkbelasting verschuldigd. Aanvaardt hij deze wel, dan wordt ervan uitgegaan dat hij verrijkt met de waarde in het economisch verkeer. Zoals Van der Geld in zijn colleges treffend opmerkte over het belasten van een personeelsreis tegen de waarde in het economische verkeer: 'dan ga ik zelf wel met vakantie en niet met die oenen van de zaak.'⁷⁹

Anders dan in de loonbelasting, zal men er bij een schenking ook vanuit mogen gaan dat de schenker op de hoogte is van - en rekening houdt met - de wensen van de begiftigde. Zeker als het gaat om relatief grote schenkingen die de vrijstelling in de schenkbelasting overtreffen. Als Dennis Tito deze reis op zijn 'verlanglijstje' had staan en zijn vader schenkt hem deze reis, is er geen reden om de waarde daarvan te stellen op een ander bedrag dan de waarde in het economische verkeer. Dit geldt ook voor de geldlening die men zelf aangaat en die direct opeisbaar en renteloos is of voor de woning waarin men gratis mag wonen. Men aanvaardt de geldlening c.q. het woongenot, zodat heffing over de waarde in het economisch verkeer van de bespaarde kosten in mijn ogen gelet op doel en strekking van de Successiewet gerechtvaardigd is.

De gekozen benadering leidt ertoe dat economisch vergelijkbare situaties voor de schenkbelasting hetzelfde worden behandeld. Het maakt immers niet uit of een bedrag in contanten wordt geschonken onder de verplichting een treinabonnement te kopen of dat een persoonlijk treinabonnement wordt geschonken. In beide situaties is in principe schenkbelasting verschuldigd over de waarde in het economische verkeer. In de huidige systematiek zou in de eerste situatie wel schenkbelasting zijn verschuldigd over het volledige

⁷⁶ <https://www.nemokennislink.nl/publicaties/retourtje-ruimte> (geraadpleegd op 10 maart 2017).

⁷⁷ Vgl. P.T.M. van Loon en J.H.P.M. Raaijmakers, 'Waardering personeelsreis', WFR 1997/1739.

⁷⁸ Of beter uitgedrukt: de zakelijke prijs. Zie paragraaf 3.5.3.4.d

⁷⁹ N.C.G. Gubbels en M.J. Hoogeveen, 'Als ik zou willen dat je het begreep, had ik het wel beter uitgelegd', in de Van der Geld-bundel, Tilburg: Tilburg University 2016, onderdeel 2.

bedrag dat wordt geschonken. In art. 5, lid 2, SW is immers expliciet bepaald dat alleen de lasten waarmee de schenker of een derde wordt gebaat, de zogenoemde persoonlijke lasten, in aftrek kunnen worden gebracht. In de tweede situatie is thans geen schenkbelasting verschuldigd. Een gelijke heffing kan overigens ook worden bereikt door de verplichting van het kopen van een treinkaartje of het maken van een wereldreis, wel aftrekbaar te stellen.⁸⁰ In dat geval zou in beide situaties geen schenkbelasting zijn verschuldigd. Omdat met de schenking van het vliegticket of een geldbedrag onder de verplichting een vliegticket te kopen, de begiftigde wordt bevoordeeld, heeft dat niet mijn voorkeur.

Met de onpersoonlijke lasten die daarentegen niet leiden tot een verrijking van een derde maar wel leiden tot een verarming van de begiftigde, dient naar mijn mening – anders dan in de huidige Successiewet - wel rekening te worden gehouden. Stel dat X een schenking doet aan Y van € 10.000 onder de last om het paard te verzorgen van X. In dat geval brengt de economische zienswijze mee, dat het bedrag van de verrijking wordt gesteld op € 10.000 minus de contante waarde van de toekomstige uitgaven voor het paard. Ook hier moet verarming worden ingevuld als een economische verarming. Als de verzorging van het paard niet volledig wordt uitbesteed, zou ook de geldswaarde van de arbeid die met de verzorging van het paard is gemoeid in aftrek moeten kunnen worden gebracht.

Dit leidt tot een evenwichtig systeem waarin uitsluitend de (economische) verrijking wordt belast. Zoals hiervoor aangegeven acht ik een besparing van kosten in economische zin ook een verrijking welke belast zou moeten worden met schenkbelasting. Aan de andere kant dient de heffing ook beperkt te zijn tot het bedrag van de daadwerkelijke – economische – verrijking.

3.4.3 Beschikkingsmacht

Daarnaast dient voor de Successiewet naar mijn mening pas een schenking te worden aangenomen als de economische beschikkingsmacht wordt verkregen. Dit is het moment dat de kosten worden bespaard of het moment waarop de begiftigde het geschonkene in handen krijgt en daarover kan beschikken. Bij een schenking in natura van een niet-overdraagbaar goed, houdt dit in dat men het geschonkene kan gaan verbruiken. Bij de overige schenkingen houdt dit in dat men de schenking te gelde zou kunnen maken. Bij dit moment zou de Successiewet dienen aan te sluiten. Op dit moment gebeurt dit al voor de schenking onder opschortende voorwaarde. Deze wordt geacht tot stand te zijn gekomen als de voorwaarde wordt vervuld (art. 1, lid 9, SW). Daarmee wordt voor de beoordeling of de schenking in Nederland heeft plaatsgevonden (art. 3 SW) en het heffingsmoment uitgesteld totdat de voorwaarde in vervulling gaat. Dat is in de regel ook het moment dat de beschikkingsmacht van het geschonkene overgaat van het vermogen van de schenker naar de begiftigde. Op deze wijze wordt zo nauwkeurig mogelijk aangesloten bij de toegenomen draagkracht. Een ander voordeel van deze benadering is dat de verkrijger op dat moment ook het vermogen ontvangt, waarmee de schenkbelasting kan worden voldaan. Als de schenking echter plaatsvindt onder opschortende tijdsbepaling is reeds onmiddellijk schenkbelasting verschuldigd. Stel

⁸⁰ Civielrechtelijk is de heersende leer dat de onpersoonlijke last in aftrek kan worden gebracht. G. Megchelsen en J.B. Vegter, 'Schenking volgens titel 7. 3', WPNR 1995/6187, p. 468 en de literatuurverwijzing in voetnoot 69.

bijvoorbeeld dat A € 100.000 schenkt aan B als het huwelijk van B en C eindigt. Dat het huwelijk eindigt staat vast. Onzeker is echter op welke termijn het eindigt. In dat geval is het lastig om de waarde van de schenking te schatten. Als het huwelijk binnen 1 jaar eindigt, zal de waarde van de schenking in de buurt liggen van € 100.000. Als het huwelijk pas eindigt over 30 jaar, is de waarde van de schenking op dit moment een stuk lager. Als de opschortende tijdsbepaling derhalve geen vast tijdstip betreft, zal in de regel achteraf geconstateerd kunnen worden dat over te veel of te weinig schenkbelasting is betaald. Bovendien is een nadeel dat in dit voorbeeld B schenkbelasting is verschuldigd terwijl hij geen vermogen heeft ontvangen waaruit of waarmee hij de schenkbelasting zou kunnen betalen.

De zogenoemde papieren schenking is ook een voorbeeld van een schenking onder opschortende tijdsbepaling.⁸¹ Hoewel er in dat geval in de regel geen schattingsproblemen zijn, hetgeen feitelijk te danken is aan art. 10 SW op grond waarvan jaarlijks 6% rente dient te worden voldaan over de schuldigerkende bedragen, meen ik dat ook in zo'n geval de schenkbelasting beter kan worden uitgesteld tot de tijdsbepaling in vervulling gaat. Indien er – in verband met art. 10 SW – werkelijk rente wordt betaald over het schuldig erkende bedrag is de rente feitelijk het enige vermogensbestanddeel waarover de begiftigde kan beschikken.⁸² Als de schuldigerkende bedragen opeisbaar zijn bij overlijden, is bovendien nog maar de vraag of op dat moment het vermogen toereikend is om de vordering uit hoofde van de schuldigerkenning volledig te kunnen voldoen. Pas indien en voor zover de begiftigde het geschonkene te gelde kan maken, veelal bij overlijden, zou er in mijn benadering sprake zijn van een belaste schenking.

Vanuit doel en strekking van de Successiewet is er naar mijn mening geen goede reden om een schenking onder opschortende tijdsbepaling anders te behandelen dan een schenking onder opschortende voorwaarde. In beide gevallen zou ik de heffing willen laten aansluiten bij het verkrijgen van de economische beschikkingsmacht, dus op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat of het tijdstip is bereikt. In dat geval sluit de heffing exact aan bij de toegenomen draagkracht, op het moment dat de begiftigde ook de middelen verkrijgt om de belasting te kunnen voldoen (het pay as you go-beginsel).⁸³

⁸¹ Zie ook Hoge Raad 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7268, BNB 2012/46. In die situatie ging het om een schuldigerkenning die pas opeisbaar was bij overlijden. De uitkomst zou naar mijn mening echter niet anders zijn als de gelden eerst waren geschonken en direct daarna weer zouden worden terug geleend. Vgl. W.J.J.G. Speetjens, 'De papieren schenking: op welk papier?', FTV 2004/8, onderdeel 4, die mijns inziens terecht opmerkt dat de exercitie dat het geld eerst wordt geschonken en vervolgens direct wordt teruggeleend een 'papieren exercitie' is: 'Een constructie met een geldlening doet gekunsteld aan en vertroebelt het zicht op de werkelijke gang van zaken. In werkelijkheid is er slechts sprake van één handeling, te weten een schuldigerkenning met uitgestelde betaling'. In gelijke zin I.J.F.A. van Vijfeijken in haar noot bij BNB 2012/46, onderdeel 4. In overeenstemming daarmee is Hoge Raad 13 januari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0563, BNB 1960/64. Anders Hoge Raad 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1605, BNB 1957/166 (geen schenking middels schuldigerkenning maar een rechtsgeldige schenking en lening).

⁸² Daarbij ga ik ervan uit dat de vordering uit hoofde van de papieren schuldigerkenning feitelijk niet overdraagbaar is en evenmin anderszins te gelde kan worden gemaakt.

⁸³ Aan de andere kant zou naar mijn mening een schenking onder ontbindende tijdsbepaling ook hetzelfde moeten worden behandeld als een schenking onder ontbindende voorwaarde. In beide gevallen zou art. 53 SW in werking

Het idee om de heffing uit te stellen tot het moment dat de economische beschikkingsmacht wordt gekregen is zeker niet nieuw. Voor de erfbelasting heeft Van Vijfeijken deze gedachte al uitgewerkt.⁸⁴ Deze gedachte werd door de toenmalige staatssecretaris De Jager nog omarmd in zijn gastcollege aan de Universiteit van Tilburg. Hij merkt daarover op:

'De met rente aangegroeide schulden verlagen op papier de nalatenschap. Ook hier krijg je het gevoel dat bij deze vorderingen en bij de rente daarop – en vooral naar mate deze hoger is – de economische realiteit ontbreekt. Maar de fiscus heeft als gevolg hiervan wel het nakijken.'⁸⁵

Uiteindelijk is de gedachte om de onderbedelingsvordering te defiscaliseren in het wetgevingsproces losgelaten vanwege de nadelen waarop vanuit de praktijk werd gewezen, 'zoals het uiteenlopen van het burgerlijk recht en het fiscale recht.'⁸⁶ Een ander belangrijk nadeel was tevens de drukverzwaring van het voorstel om erfrechtelijke onderbedelingsvorderingen te defiscaliseren. Deze argumenten kunnen ook worden ingebracht tegen het onderhavige voorstel. De papieren schuldigerkenning zal in mijn voorstel met erfbelasting worden getroffen.⁸⁷ In plaats van jaarlijks de schenking te belasten wordt de volledige schuldigerkenning belast als deze opeisbaar wordt, veelal bij overlijden. Het voordeel dat vanwege de tariefsprogressie en de jaarlijkse schenkingsvrijstelling (erf-)belasting wordt bespaard, wordt daarmee teniet gedaan. Dat hiermee een 'estateplanningsinstrument' verloren gaat, lijkt mij echter allerm minst bezwaarlijk. Zoals hiervoor aangegeven gaat het bij het vakgebied estateplanning niet alleen om de trucjes, maar ook om het maatschappelijke aspect. Het uiteenlopen van het burgerlijke recht en het fiscale recht is gerechtvaardigd vanwege het verschillende karakter van deze rechtsgebieden. Met de gedachte om de heffing te laten aansluiten bij de opeisbaarheid van de geldvordering, wordt beter aangesloten bij de maatschappelijke realiteit en de belevingswereld van de verkrijgers. Zoals van Mourik opmerkt:

"Schenken op papier" verwijst in de tegenwoordige praktijk echter niet zozeer naar de vorm van het gebeuren als wel naar het gezegde 'blij maken met een dode mus', zulks als tegenhanger van 'boter bij de vis'. Wie met een schenking op papier verblijd wordt, kan er zeker van zijn dat zijn bestedingsmogelijkheden er vooralsnog niet door worden verruimd.'⁸⁸

Vanuit de draagkrachtgedachte en de economische beschikkingsmacht zou men nog een stap verder kunnen gaan. Men zou bij iedere civielrechtelijke schenking kunnen beoordelen of en zo ja, in hoeverre, de begiftigde daadwerkelijk kan beschikken over het geschonkene. Daarbij kan

moeten treden als de ontbindende voorwaarde in werking treedt of het ontbindende tijdstip wordt bereikt, zodat exact kan worden aangesloten bij hetgeen de begiftigde daadwerkelijk heeft ontvangen.

⁸⁴ I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopen bij de economische realiteit', WFR 2008/308.

⁸⁵ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/toespraken/2008/06/11/de-wet-schenk-en-erfbelasting-evenwichtiger-eenvoudiger> (geraadpleegd op 14 februari 2017).

⁸⁶ Kamerstukken II 2008–2009, 27 789, nr. 17, p. 2 en 8-9.

⁸⁷ Op grond van art. 12 SW.

⁸⁸ M.J.A. van Mourik, 'Estate planning', NJB 2007/258', onderdeel 4.c.

men denken aan de schenking onder bewind of van gecertificeerd vermogen. Pas zodra en in zoverre uit dit vermogen inkomsten voortvloeien – of kosten worden bespaard – dan wel het vermogen vrij kan worden aangewend, zou in dat geval schenkbelasting zijn verschuldigd. Ook als een genotsrecht wordt geschonken, kan men betogen dat de heffing niet aansluit bij de toegenomen beschikkingsmacht van de begiftigde. Het zal duidelijk zijn dat het verder doorvoeren van de draagkrachtgedachte en de economische beschikkingsmacht – hoe sympathiek dat in mijn ogen vanuit de draagkrachtgedachte en het pay-as-you-go beginsel ook is, uitvoeringstechnisch zeer bewerkelijk -zo niet onuitvoerbaar- is. De gedachte van de Successiewet als tijdstipbelasting raakt zo wel heel ver uit beeld. De prijs van het beter aansluiten bij de draagkracht – en het pay as you go-beginsel - is in mijn ogen te hoog. Om deze redenen zou het verder aansluiten bij de economische beschikkingsmacht op dit moment beperkt moeten blijven de schenking onder opschortende tijdsbepaling.⁸⁹

3.5 Bevoordelingsbedoeling

3.5.1 Inleiding

Hiervoor heb ik aangegeven dat de vermogensverschuiving – de verarming en verrijking - niet in juridische maar in economische zin moet worden uitgelegd. In deze paragraaf besteed ik aandacht aan de vraag of we voor het fiscale schenkingsbegrip kunnen aansluiten bij de aan het civielrechtelijke giftbegrip ontleende bevoordelingsbedoeling. Van een bevoordelingsbedoeling kan alleen sprake zijn als de handeling onverplicht is (paragraaf 3.5.2). Daarnaast zijn de bewustheid en de wil tot bevoordeling van belang (paragraaf 3.5.3).

3.5.2 Onverplicht

3.5.2.1 Inleiding

Een belangrijk kenmerk van de vrijgevigheid is dat de handeling onverplicht is. Als men handelt ter nakoming van een verplichting, is er geen sprake van een schenking. De voorwaarde dat de handeling onverplicht is, heeft een belangrijke afbakeningsfunctie. Het loon dat de werkgever aan de werknemer betaalt en de prijs die men wint in de staatsloterij, vallen om die reden reeds buiten het schenkingsbegrip. De werkgever is immers op grond van de arbeidsovereenkomst verplicht loon te betalen en de prijs die men in de staatsloterij wint, wordt uitgekeerd op grond van het reglement.

Het onverplichte karakter heeft dus een belangrijke afbakeningsfunctie, maar is onvoldoende om in alle situaties dubbele belasting te voorkomen. Dit wordt veroorzaakt door het feit dat ook de zogenoemde remuneratoire schenkingen, schenkingen zijn in de zin van het Burgerlijk Wetboek – en dus in de zin van de Successiewet. Hierna behandel ik kort de civielrechtelijke remuneratoire schenking (paragraaf 3.5.2.2). Daarna ga ik in op de mogelijke samenloop met de

⁸⁹ Dit uitgangspunt zou naar mijn mening ook moeten gelden in de erfbelasting voor de inbreng- en onderbedelingsvorderingen en de daarmee corresponderende schulden. Net als bij de schenking onder opschortende tijdsbepaling, sluit deze benadering beter aan bij de verkrijging van de economische beschikkingsmacht terwijl daar naar mijn mening geen overtuigende bezwaren tegen zijn ingebracht. Vgl. I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Defiscalisering van onderbedelingsvorderingen: reacties en de cijfers van het CBS', WFR 2008/1311.

inkomstenbelasting (paragraaf 3.5.2.3) en op de wijze waarop deze samenloop voorkomen zou moeten worden (paragraaf 3.5.2.4).

3.5.2.2 Remuneratoire schenkingen in de Successiewet

Remuneratoire schenkingen zijn schenkingen die worden gedaan om de begiftigde te belonen. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat de onverplichte vergoeding voor bewezen diensten, schenkingen zijn in de zin van het Burgerlijk Wetboek.⁹⁰

Deze gedachtegang past in de door de Hoge Raad gehanteerde objectieve benadering van de bevoordelingsbedoeling. Uitsluitend de oorzaak voor de schenking is van belang, dat wil zeggen dat men zich bewust moet zijn van de bevoordeling en deze moet hebben gewild, terwijl het motief van de schenking irrelevant is:

‘Het motief kan zuiver altruïstisch zijn, ingegeven door pure naastenliefde; het kan ook zijn ingegeven door minder edele overwegingen, tot zuiver egoïstische toe: (...) een gift in de hoop een grotere te zullen terugontvangen, in al deze gevallen is er een bevoordelingsbedoeling en dus schenking.’⁹¹

Ook als de beloning is ingegeven vanuit financieel eigenbelang, zakelijke bedoelingen, is er vrijwel altijd sprake van een civielrechtelijke schenking.⁹² Als men onverplicht een voordeel verstrekt waarvan men zich bewust is en de bevoordeling is ook gewild, dan is dat voldoende om een schenking aan te nemen. Ook steekpenningen zijn daarom belaste schenkingen. Zwemmer haalt Drielsma aan die een voorbeeld uit de krant geeft van een schenking aan de gemeente van fl. 250.000 ten behoeve van de bouw van een zwembad.

‘De milde aspirant-gever bleek echter een grote oliemaatschappij ten behoeve van wie bij de gemeente een Hinderwetaanvraag voor de vestiging van een benzinestation in behandeling was’.

Een ander voorbeeld van een schenking met een sterk motief van eigenbelang dat Zwemmer aanhaalt is de afstand om niet van een stuk grond door een bouwspeculant aan het kerkgenootschap, onder de verplichting voor de verkrijgster op die grond een kerkgebouw te stichten. De schenker hield de aangrenzende grond in eigendom ‘en kon zich koesteren in de verwachting van een toekomstige waardestijging’.⁹³ Omdat het motief niet van belang is, zijn de hiervoor genoemde onverplichte beloningen civielrechtelijke schenkingen.

3.5.2.3 Remuneratoire schenkingen in de inkomstenbelasting

De werknemer die van zijn werkgever onverplicht een bonus ontvangt, is daarover loonbelasting verschuldigd. In het hiervoor aangehaalde civielrechtelijke schenkingsbegrip zou

⁹⁰ Anders nog Hof Leeuwarden 5 juni 1967, ECLI:NL:GHLEE:1967:AX5671, BNB 1967/226. In Hoge Raad 30 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY2770, BNB 1954/62 en Hoge Raad 9 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AW8622, BNB 1984/236, werd de remuneratoire schenking echter wel gezien als een civielrechtelijke schenking.

⁹¹ Asser/Perrick 4 2013/257.

⁹² Gr. van der Burght en J.P. Penders, *Schenking*, Deventer: Kluwer 1989, p. 3.

⁹³ H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, *Schenking*, t.a.p., p. 7-8. Als het eigenbelang een financieel eigenbelang is, zal de civielrechtelijke schenking al afketsen op het verarmingscriterium. In deze casus is echter onzeker of de ‘schenker’ er financieel op vooruit gaat. De hoop en verwachting zijn er wel, de zekerheid niet.

een dergelijke beloning wellicht ook een schenking zijn. Naar mijn mening is dat echter niet het geval. In de verhouding werkgever-werknemer moet naar mijn mening worden aangenomen dat de arbeidsverhouding de oorzaak is van de beloning. De onverplichte bonus is dus geen schenking maar loon.⁹⁴ Een beloning kan echter ook met loonbelasting worden getroffen als deze niet van de werkgever wordt ontvangen maar van een derde. In Hoge Raad 15 januari 1950, B 8782, wordt expliciet opgemerkt dat ook de zogenoemde remuneratoire schenkingen loon van derden kunnen zijn:

‘Onder het voorschrift van art. 28, eerste lid, onder 2, IB '41, vallen slechts die praestaties van derden, welke kunnen worden beschouwd als vergelding - in ruimen zin genomen - voor hetgeen de werknemer als zodanig heeft verricht of verwacht wordt te zullen verrichten. Daaronder vallen ook de z.g. remuneratoire schenkingen (...)’⁹⁵

Ook overige onverplichte vergoedingen voor bewezen diensten kunnen belast zijn met inkomstenbelasting als winst of als resultaat uit overige werkzaamheden.⁹⁶ De vergoeding die wordt betaald uit het persoonsgebonden budget (PGB) aan het familielid/mantelzorger is belast met inkomstenbelasting.⁹⁷ In de huidige Successiewet waarin wordt aangesloten bij het civielrechtelijke schenkingsbegrip zou, als deze vergoeding niet is overeengekomen - en dus onverplicht is -, evenzeer schenkbelasting aan bod kunnen komen. In beginsel kan over dergelijke ontvangsten dus zowel inkomsten- als schenkbelasting verschuldigd zijn.⁹⁸

3.5.2.4 Remuneratoire schenkingen uit het fiscale schenkingsbegrip?

Naar mijn mening zou de onverplichte vergoeding voor arbeid geen schenkingen dienen te zijn in de zin van de Successiewet. Deze benadering wordt ook in de Duitse rechtspraak gevolgd. Ten aanzien van de onverplichte vergoeding (van 10.000 DM) die werd gegeven aan de secretaresse die vanwege haar huwelijk ontslag nam, oordeelde de rechter:

‘Solche Zahlungen (sc.zur Anerkennung langjähriger gewissenhafter Dienste) sind (...) keine Schenkungen, wenn nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß es sich um eine Entlohnung geleisteter Arbeit und nicht um eine Belohnung, also um eine lediglich als Ausdruck der Dankbarkeit gemachte Zuwendung handelt. Unter diesen Voraussetzungen fehlt für die Annahme einer Schenkung das Merkmal der Freigebigkeit.’⁹⁹

⁹⁴ In gelijke zin I.J.F.A. van Vijfeijken in haar noot bij Hoge Raad 11 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0984, BNB 2001/243. Zij merkt terecht op dat eerst als er tussen werkgever en werknemer nog een andere relatie bestaat, moet worden onderzocht in welke sfeer een betaling zich afspeelt.

⁹⁵ Zie ook Hoge Raad 15 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7668, BNB 1964/61, waarbij de schenkingen door de erfgenamen aan de tuinman/chauffeur van de erflater, werden aangemerkt als loon van derden.

⁹⁶ Zie Hof Leeuwarden 9 september 1963, ECLI:NL:GHLEE:1963:AX8305, BNB 1964/169, waarin de giften aan een predikant, die niet was verbonden aan een kerkgenootschap, werden aangemerkt als opbrengst van een zelfstandig uitgeoefend beroep.

⁹⁷ Hoge Raad 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY3626, BNB 2007/246.

⁹⁸ Zie ook Hoge Raad 9 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AW8622, BNB 1984/236. Het voordeel uit een laagrentende lening die was verstrekt als een persoonlijke beloning voor het werk dat de geldnemer voor geldgeefster deed, viel in principe zowel onder de inkomsten- als schenkbelasting.

⁹⁹ F. Klein-Blenkers, ‘Die Bedeutung subjektiver Merkmale im Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrecht, Duncker & Humblot, Berlin: 1991, p. 180.

Dat de onverplichte vergoeding voor arbeid niet belast is met schenkbelasting, zou naar mijn mening ook het uitgangspunt moeten zijn voor het Nederlandse schenkingsbegrip in de Successiewet. De hiervoor aangehaalde remuneratoire schenkingen en steekpenningen zullen in de regel ook belast zijn met inkomstenbelasting. De onwenselijkheid dat in zulke gevallen zowel inkomsten- als schenkbelasting is verschuldigd, is ook door de wetgever onderkend. Naar aanleiding van uitspraak van de Hoge Raad uit 1923 waarin een buitengewone uitkering door het bestuur van een coöperatie aan een fabrieksdirecteur 'tot erkenning van gedane diensten in zijne functie bewezen' werd aangemerkt als belaste opbrengst van arbeid terwijl deze uitkering ook al met schenkbelasting was belast, kondigde de Minister van Financiën maatregelen aan.¹⁰⁰ Na de wetswijziging van 1926 is sindsdien een (algemene) vrijstelling opgenomen waarin is bepaald dat de verkrijging waarover reeds inkomstenbelasting is verschuldigd, is vrijgesteld van schenkbelasting.

Hoewel ik meen dat de draagkrachtvermeerderingen die niet ontstaan vanwege de privé-sfeer maar opkomen in het economische verkeer, zoals de onverplichte vergoedingen voor arbeid die de gebruikelijke hulp en bijstand overtreffen, in principe geen schenkingen zijn, kan ik uit het oogpunt van praktische uitvoerbaarheid wel met de huidige systematiek instemmen. De subjectieve drijfveren van belastingplichtige zijn vaak lastig te achterhalen en kunnen aanleiding geven tot veel discussie. De vrijstelling van art. 33, lid 1, ten 9^e, biedt een praktische oplossing die ervoor zorgt dat de draagkrachtvermeerdering slechts eenmaal wordt belast.¹⁰¹ Dit is echter alleen aanvaardbaar als de vrijstelling als een echte samenloopbepaling ter voorkoming van dubbel belasting fungeert. Dit betekent dat deze bepaling niet beperkt moet zijn tot de Nederlandse inkomstenbelasting.¹⁰²

3.5.3 Bewustheid en wil tot bevoordeling (vrijgevigheidseis)

3.5.3.1 Inleiding

In het civielrechtelijke giftbegrip dient bij de schenker 'de bewustheid' en de 'wil' tot bevoordeling aanwezig te zijn ('animus donandi'). Anders geformuleerd: de schenking heeft plaatsgevonden 'ter wille van het in de overwaarde gelegen voordeel'. Bij de begiftigde is vereist dat hij zich bewust is van het feit dat de schenker een bevoordelingsbedoeling heeft

¹⁰⁰ Zie de conclusie van A-G Van den Berge bij HR 3 mei 2002, ECLI:NL:PHR:2002:ZC8025, BNB 2002/216, onderdeel 2.8.

¹⁰¹ Een verschil doet zich wel voor als de onverplichte vergoeding voor arbeid niet wordt verantwoord in de aangifte inkomstenbelasting. In dat geval is er geen inkomstenbelasting geheven en is de schenkingsvrijstelling niet van toepassing. Als ook geen aangifte schenkbelasting is gedaan, kan de aanslag schenkbelasting worden opgelegd tot 5 jaar na het overlijden van de schenker of de begiftigde (art. 66, lid 1, onderdeel 2, AWR). In mijn visie zou deze kwestie bestreken moeten worden door de inkomstenbelasting, waar de navorderingstermijn in principe na 5 jaar is verstreken.

¹⁰² Zoals beslist in Hoge Raad 1 november 1972, ECLI:NL:HR:1972:AX4837, BNB 1973/24. De Hoge Raad komt tot zijn oordeel louter op basis van een uitleg van de wetsgeschiedenis (uit 1926, waarin nog wordt verwezen naar 'Rijksbelastingen'). Een andere uitkomst, waarbij meer oog zou bestaan voor doel en strekking van de regeling, was zeker ook mogelijk geweest. Gelet op het feit dat de wetsgeschiedenis inmiddels bijna 100 jaar oud is, is de vraag gerechtvaardigd of de Hoge Raad anno 2017 hetzelfde zou beslissen. Zie ook H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, Nederlandse successiewetgeving (Fiscale Handboeken nr. 7), Deventer: Kluwer 1998, onderdeel IX.27.

(‘animus recipiendi’).¹⁰³ De vraag is of deze eisen ook aan het giftbegrip in de Successiewet gesteld moeten worden. Vooropgesteld moet worden dat de vrijgevigheidseis – en de invulling daarvan – in de civielrechtelijke literatuur onderwerp van discussie is geweest. Over de invulling van het begrip bestond allerm minst consensus.¹⁰⁴ Omdat iedere jurist er zijn eigen invulling aan gaf, meende Van Brakel zelfs dat de eis onhanteerbaar zou zijn geworden en diende te vervallen.¹⁰⁵ Inmiddels heeft de Hoge Raad in een aantal arresten de meeste onduidelijkheid weggenomen.¹⁰⁶ De ‘objectivisten’ hebben het pleit gewonnen van de ‘subjectivisten’. De vraag of er sprake is van een bevoordelingsbedoeling dient geobjectiveerd te worden beoordeeld.¹⁰⁷ Dit houdt in dat het motief – de reden van de bevoordeling – niet van belang is.¹⁰⁸ Louter de bewustheid en (geobjectiveerde) wil tot bevoordeling zijn van belang.

Hiervoor heb ik aangegeven, dat het onverplichte karakter een belangrijke voorwaarde is voor het fiscale giftbegrip. De draagkrachtvermeerderingen die voortvloeien uit een wederkerige overeenkomst ontstaan immers niet vanwege de privésfeer en worden in de regel belast met inkomstenbelasting of kansspelbelasting. De vraag is of ook de bevoordelingsbedoeling een rol hoort te spelen in de Successiewet.

3.5.3.2 Bewustheid van het voordeel en van de bevoordelingsbedoeling bij de begiftigde

Voor de Successiewet is van belang dat de begiftigde zich bewust is van het voordeel. De schenkbelasting wordt immers geheven van de verkrijger en hij dient aangifte te doen van de schenking. Dat is onmogelijk als men zelf geen weet heeft van de bevoordeling. Dat de inspecteur ook een aangifte schenkbelasting kan uitreiken aan de schenker (art. 40, lid 1, SW) en dat deze hoofdelijk aansprakelijk is voor de verschuldigde schenkbelasting (art. 46, lid 3, IW 1990), is naar mijn mening niet van belang. Het gaat erom dat de begiftigde de belastingplichtige is en dat de aanslag ook aan hem moet worden opgelegd. Dit brengt mee dat de begiftigde zich bewust moet zijn van het voordeel.¹⁰⁹ De koper die willens en wetens een vervalste Rembrandt koopt voor de prijs van een echte Rembrandt teneinde de verkoper te bevoordelen, doet geen schenking als de verkoper in de veronderstelling verkeert een echte Rembrandt te verkopen.¹¹⁰

Dit bewustheidsvereiste dient echter wel te worden geobjectiveerd. In het hiervoor behandelde voorbeeld betekent dit dat er alleen geen schenking is als de verkoper ook redelijkerwijze

¹⁰³ Asser/Perrick 4 2013/258. Dit vereiste geldt niet bij eenzijdige rechtshandelingen of feitelijke handelingen. Vgl. G. Megchelsen en J.B. Vegter, ‘Schenking volgens titel 7. 3’, WPNR 1995/6186, p. 415-416 en WNPR 1995/6187, p. 470.

¹⁰⁴ Vgl. het overzicht van Gr. van der Burght en J.P. Penders, t.a.p., p. 57-60.

¹⁰⁵ S. van Brakel, ‘Liberaliteit als element van schenking’, NJ 1938, p. 241-245.

¹⁰⁶ O.a. Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687, BNB 1994/261 en Hoge Raad 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7272, BNB 2002/317.

¹⁰⁷ Aldus uitdrukkelijk de Hoge Raad 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3410, NJ 2003/493, r.o. 4.6.1: ‘bij de toepassing van art. 4:1132 (oud) BW moet worden uitgegaan van een geobjectiveerd schenkingsbegrip (...)’.

¹⁰⁸ De verkrijging van een doldriest paard, giftige bonbons of een vergiftigde fles cognac zijn dus schenkingen. Dat de drijfveer van de bevoordeling is gelegen in eigenbelang (de dood van de begiftigde) is niet relevant.

¹⁰⁹ Hoge Raad 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4759, BNB 2005/138.

¹¹⁰ H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, Schenking, t.a.p., p. 8-9.

mocht menen dat hij een authentieke Rembrandt verkocht. Tevens is naar mijn mening niet vereist dat men zich onmiddellijk bewust is van de bevoordeling. In die zin acht ik de uitspraak waartoe het Hof komt in 1969 ook juist.¹¹¹ In die zaak had vader, tevens groot-aandeelhouder in een N.V., aan zijn dochters een minderheidspakket aandelen in de N.V. geschonken.

Vervolgens verkopen vader en de enige andere aandeelhouder een aantal aandelen ver onder de waarde aan de N.V. Het Hof oordeelt:

‘dat, nu bij en ten gevolge van de zoeven bedoelde verkoop de deelgerechtigdheid van elk der dochters steeg, de bevoordeling op dat tijdstip plaats vond, waaraan niet afdoet, dat de dochters niet aan de transactie meewerkten noch daarmee bekend zouden zijn geweest.’

In zo’n geval kan worden aangenomen dat de dochters zich redelijkerwijs bewust moeten zijn (geworden) van de bevoordeling. Als dat niet reeds het geval was ten tijde van de transactie, dan wel korte tijd daarna.

Naar mijn mening is voor de Successiewet niet van belang of de begiftigde op de hoogte is van de bevoordelingsbedoeling. Voldoende is dat de begiftigde zich redelijkerwijze bewust is of moet zijn van het voordeel dat hij onverplicht ontvangt.

3.5.3.3 Bewustheid van het voordeel bij de schenker

De vraag is welke functie de bewustheid en wil tot bevoordeling bij de schenker vervult in het fiscale schenkingsbegrip. De onwetende verkoper die een Rembrandt verkoopt aan iemand voor € 100, doet in civielrechtelijke zin geen schenking. De koper, die zich wel bewust is van de waarde van het schilderij, verrijkt echter wel. Hiervoor heb ik in paragraaf 3.2 opgemerkt dat in de Successiewet het voordeel zou moeten worden belast dat ontstaat vanwege de privé-sfeer. Daarvan is geen sprake bij de verkoop van het schilderij tegen een te lage prijs uit onwetendheid. De draagkrachtvermeerdering die voortvloeit uit zo’n transactie vindt in het economische verkeer plaats en zou belast moeten worden in de inkomstenbelasting.¹¹²

Omdat in de Successiewet louter de voordelen die opkomen vanwege de privésfeer belast moeten worden, kan de bewustheidseis bij de schenker niet vervallen. Evenals het verarmingscriterium, dient de bewustheidseis ertoe de zakelijke transacties uit het schenkingsbegrip te elimineren.¹¹³ De enkele bewustheid van de bevoordeling is volgens de heersende leer echter onvoldoende om tot een civielrechtelijke schenking te komen. De schenker moet ook de wil hebben om het voordeel te laten toekomen aan de begiftigde.

¹¹¹ Hof Amsterdam 16 juni 1969, ECLI:NL:GHAMS:1969:AX5337, BNB 1970/166.

¹¹² Als winst uit onderneming of als resultaat uit overige werkzaamheden (vgl. R.M. Freudenthal, ‘Over een luie wetgever, en slapend rijke burgers, WFR 2007/1062’, onderdeel 3).

¹¹³ P.C. van Es, ‘Het paard van Libourel: iets over het vrijgevigheidsvereiste bij giften’, Tijdschrift erfrecht 2008/2, meent dat de wil tot bevoordeling ertoe dient om de zakelijke transacties te elimineren. Zoals ik hierna zal aangeven, meen ik dat naar mijn mening het verarmingscriterium en het bewustheidsvereiste daartoe reeds voldoende zijn.

3.5.3.4 Bevoordelingsbedoeling schenker

a. Bevoordelingsbedoeling is relevant in het schenkingsbegrip

Dat de bevoordelingsbedoeling van belang is voor het (fiscale) schenkingsbegrip blijkt uit Hoge Raad 12 juni 2002, BNB 2002/317. De Hoge Raad oordeelt expliciet dat het Hof niet alleen moet beoordelen of de gever de bewustheid maar ook de wil tot bevoordeling heeft. In die procedure had vader de aandelen in een BV die belegde in onroerende zaken, verkocht aan zijn zonen voor de intrinsieke waarde. Deze waarde was aanmerkelijk lager dan de waarde in het economische verkeer. Het hof merkt daarover op:

‘-5.2. Ook indien de beleggingspanden (...) niet of in mindere mate hebben gedeeld in de algemene waardestijging die, (...) ten aanzien van onroerende zaken is opgetreden, moeten degenen die de vader van belanghebbende bij de verkoop hebben bijgestaan zich hebben gerealiseerd dat de intrinsieke waarde (...) geen juiste maatstaf is voor de vaststelling van de waarde in het economische verkeer van de aandelen. Deze wetenschap dient aan belanghebbendes vader te worden toegerekend.’

De A-G en de Hoge Raad struikelen hier over de toerekening van de kennis van de deskundigen aan vader:

‘Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is immers niet duidelijk waarom belanghebbendes vader reeds in december 1994 zich vanwege de bijstand van belanghebbendes gemachtigde de bevoordeling moet hebben gerealiseerd’

Deze overweging zou reeds voldoende zijn om de beslissing van het hof te casseren. De Hoge Raad merkt in de volgende rechtsoverweging echter expliciet op dat naast de bewustheid van de bevoordeling ook de wil tot bevoordeling een afzonderlijk vereiste is voor het aannemen van een schenking. Zwemmer merkt in zijn noot bij dat arrest op dat dit nogal gekunsteld aandoet:

‘Ik zie nog niet zo gauw in welke omstandigheden iemand zich ervan bewust is een ander te bevoordelen, maar niet de wil heeft dat te doen. Mij lijkt het relevanter dat niet alleen de schenker maar ook de begiftigde zich van de bevoordeling bewust is.’¹¹⁴

Uiteindelijk oordeelt het verwijzingshof dat er een schenking is. Vader is zich bewust geweest van de vermogensverschuiving.¹¹⁵ Ten aanzien van de wil om te bevoordelen acht het Hof de volgende omstandigheden van belang:

1. De koopovereenkomst werd op initiatief van de vader gesloten.
2. De prijs kon in alle vrijheid tot stand komen en er was op geen enkele wijze sprake van enige druk die belanghebbendes vader ertoe dwong om met een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer genoegen te nemen.
3. de wederpartij bij de koopovereenkomst is geen willekeurige derde, maar zijn zoon van 14 jaar, aan wie hij, blijkens uitspraken in het controlerapport, de meerwaarden wilde doen toekomen.

¹¹⁴ J.W. Zwemmer in zijn noot bij BNB 2002/317. In gelijke zin J.K. Moltmaker, ‘Het vrijgevige vereiste bij schenking’, FBN 2002/11.

¹¹⁵ Hof Amsterdam 20 juni 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AQ9982, V-N 2004/61.1.6. De Hoge Raad verwerpt het beroep in cassatie onder verwijzing naar art. 81 Wet RO. Hoge Raad 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2395, V-N 2005/48.30.

Het eerste punt is naar mijn mening irrelevant. Als het initiatief voor de verkoopovereenkomst bij de zoon ligt maar vader gaat daarin mee, kan niet worden gezegd dat vader niet de wil heeft om de overeenkomst te sluiten (en daarmee de zoon te bevoordelen). Het eerste punt lijkt meer te zijn gegeven ter ondersteuning van het tweede argument. Ook de onder punt 3 genoemde overweging ten aanzien van de familierelatie en de leeftijd van het kind, kan de beslissing niet dragen maar hoogstens ondersteunen. Naar mijn mening bevat het tweede punt de kernoverweging: de prijs is in alle vrijheid tot stand gekomen en vader is niet gedwongen om met een lagere prijs genoeg te nemen. De bevoordelingswil heeft in deze casus dan de functie om de 'vrijwillige' en 'onvrijwillige' schenking van elkaar te scheiden. Alleen de eerste categorie valt onder het schenkingsbegrip. Als ik het verwijzingshof goed begrijp, zou er geen schenking zijn, als op vader wel (ongeoorloofde) druk was uitgeoefend om de aandelen tegen een te lage prijs over te dragen aan zijn zoon. Zoals ik hierna zal aangeven, meen ik dat in zo'n geval er wel sprake dient te zijn van een schenking voor de Successiewet.

b. Functie bevoordelingsbedoeling in het Burgerlijk Wetboek

Civielrechtelijk is de bevoordelingswil van belang om te voorkomen dat de begiftigde op de hoogte is van het ontbreken van de bevoordelingswil, maar toch geen terugvordering kan plaatsvinden wegens onverschuldigde betaling.¹¹⁶

'De enkele omstandigheid dat degene die een ander om niet bevoordeelt, zich daarvan bewust is, levert niet altijd voldoende grond op voor het aannemen van een schenking. Dit zou immers betekenen dat geen terugvordering wegens onverschuldigde betaling mogelijk zou zijn, wanneer de nietigheid van een verbintenis bekend zou zijn aan degene die voldoet. Men mag niet zo ver gaan dat men voor schenking eist dat degene die zich verarmt, dit doet met het oogmerk de begiftigde te bevoordelen. Voldoende is dat de schenker, hoewel zich bewust van het ontbreken van enigerlei verplichting, desondanks de verrijking van de begiftigde heeft gewild'

Moltmaker wijst op de betalingen - eventueel onder protest - om een faillissementsaanvraag, een dagvaarding, beslag, strafvervolgning of retentie te voorkomen.¹¹⁷

c. Functie bevoordelingsbedoeling in de Successiewet

De bevoordelingswil heeft in het civiele recht dus de functie om een actie uit hoofde van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking mogelijk te maken. Waar de bevoordelingswil in het civiele recht van belang is om degene die onverschuldigd betaalt of presteert te beschermen, kan het handhaven daarvan voor de Successiewet tot ongerijmde uitkomsten leiden. Stel dat X geld overmaakt op de bankrekening van Y. X stelt dat er geen sprake is van een schenking omdat er onverschuldigd is betaald. Zolang het bedrag echter niet wordt terug gevorderd, is er wel sprake van een vermogensverschuiving. Als men vervolgens nimmer terug vordert, heeft deze vermogensverschuiving definitief onbelast plaatsgevonden.

¹¹⁶ Asser/Perrick 4 2013/257. Zie ook de Toelichting-Meijers bij artikel 6.4.2.1, aangehaald door P.C. van Es, 'Het paard van Libourel: iets over het vrijgevigheidsvereiste bij giften', Tijdschrift Erfrecht 2008/2, onderdeel 4.

¹¹⁷ J.K. Moltmaker, 'Het vrijgevigheidsvereiste bij schenking', FBN 2002/11.

Hetzelfde geldt als de zoon vader onder (ongeoorloofde) druk heeft gezet om de aandelen aan hem te verkopen tegen een onzakelijk lage waarde. Civielrechtelijk kan in zo'n geval de transactie worden vernietigd op grond van art. 3:44 BW (bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden).¹¹⁸ Als voor de Successiewet ook de wil tot bevoordeling relevant is, zou de verkoop tegen een onzakelijk lage waarde geen belaste schenking zijn. Zolang de rechtshandeling echter niet wordt vernietigd, is er wel sprake van een vermogensverschuiving. Als vader vervolgens afziet van vernietiging op grond van art. 3:44 BW, heeft de vermogensverschuiving onbelast plaatsgevonden.¹¹⁹ Het past daarom het beste binnen het systeem van de Successiewet om aan te sluiten bij de vermogensovergang en te abstraheren van de bevoordelingswil. Pas als de rechtshandeling daadwerkelijk wordt vernietigd, dan wel (terug-)betaling dient plaats te vinden uit hoofde van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking, dient de schenkbelasting te worden gerestitueerd.¹²⁰

Hiervoor is al instemmend naar Duitsland gewezen vanwege het feit dat de remuneratoire schenkingen buiten het fiscale schenkingsbegrip zijn geplaatst. Ook de bevoordelingswil is in het Duitse schenkingsbegrip voor de Successiewet niet van belang:

‘Ein auf die Bereicherung des Empfängers gerichteter Wille i. S. einer Bereicherungsabsicht und ein Wille zur schenkweisen Zuwendung seien nicht erforderlich. Der Wille zur Unentgeltlichkeit liege vor, "wenn sich der Zuwendende der Unentgeltlichkeit der Zuwendung derart bewusst sei, dass er seine Leistung ohne Verpflichtung und ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung oder einem Gemeinschaftszweck erbringe; (...)". Dass das Schenkungsrecht ein zusätzliches Willensmerkmal enthalte, sei für das Schenkungssteuerrecht unerheblich. Auch sind die Motive des Zuwendenden für den subjektiven Tatbestand ohne Bedeutung.¹²¹

¹¹⁸ Voor misbruik van omstandigheden is de bewijslast omgekeerd. Als de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen, rust op de begiftigde in beginsel de bewijslast dat de schenking niet door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen (art. 7:176 BW). Vgl. Hoge Raad 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1272.

¹¹⁹ Als men de bevoordelingswil wel van belang vindt, zou wellicht het afzien van het inroepen van nietigheid of een vernietigingsgrond als een schenking kunnen worden gezien. In mijn voorstel is dat echter niet nodig omdat de bevoordelingswil voor de Successiewet niet van belang is en er reeds direct sprake is van een schenking.

¹²⁰ Bij de herroepelijke schenking met een ongeclausuleerde herroepingsmogelijkheid kan men betogen dat niet aan de civielrechtelijke schenkingscriteria van verarming en bevoordelingsbedoeling is voldaan. Vgl. J.B. Vegter, ‘Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking’, WPNR 2008/6744, onderdeel 1. Toch zou naar mijn mening voor de Successiewet wel een schenking aangenomen moeten worden, omdat een andere zienswijze tot soortgelijke ongerijmde uitkomsten leidt. Als de schenking nimmer wordt herroepen heeft de vermogensovergang definitief onbelast plaatsgevonden (als het herroepingsrecht niet vererft). Vgl. ook I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking’, WPNR 2008/6744, onderdeel 1. In mijn voorstel leidt overigens de herroepelijke schenking tot een verarming in economische zin en is er sowieso sprake van een schenking. Zie paragraaf 3.3.2., voetnoot 68.

¹²¹ Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, ErbStG § 7, Schenkungen unter lebenden, Subjektiver Tatbestand, geraadpleegd via https://www.haufe.de/steuern/steuer-office-premium/fischerpahlkewachter-erbstg-7-schenkungen-unter-leb-7-subjektiver-tatbestand_idesk_P11940_HI2165252.html (geraadpleegd op 28 maart 2017).

Naar mijn mening zou de wil tot bevoordeling ook in de Nederlandse Successiewet irrelevant horen te zijn. Als de gever en begiftigde zich beiden bewust zijn van de verarming en verrijking (in economische zin), is er sprake van een schenking voor de Successiewet. Mocht achteraf blijken dat er civielrechtelijk geen sprake was van een schenking, omdat de rechtshandeling wordt vernietigd of een beroep wordt gedaan op onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking, dan dient de schenkbelasting te worden gerestitueerd.

Voorkomen moet echter worden dat situaties worden belast met schenkbelasting die niet belast horen te worden. Hoewel ik niet alles kan overzien, meen ik dat dit zelden het geval zal zijn.¹²² Het verarmingscriterium, de dubbele bewustheidseis en de civielrechtelijke nietigheid en vernietigbaarheid, waarborgen dat niet onterecht schenkbelasting is verschuldigd. Ter illustratie behandel ik hierna drie door Schuttevâer/Zwemmer aangedragen voorbeelden.¹²³

d. Kan de bevoordelingswil uit het fiscale schenkingsbegrip?

Het eerste voorbeeld betreft de man die zijn huis verkoopt tegen een te lage prijs vanwege dringende geldnood. In dat geval is het onwenselijk dat over het prijsverschil schenkbelasting wordt geheven. Het betreft immers een zakelijke transactie die zich niet in de privésfeer afspeelt. In dit voorbeeld is naar mijn mening de wil tot bevoordeling echter niet nodig om een schenking te voorkomen. In deze situatie moet naar mijn mening worden geoordeeld dat de verkoper van de woning niet is verarmd. Gelet op zijn onderhandelingspositie, was de prijs die de verkoper ontving voor zijn woning voor hem het beste resultaat. Voor de vraag of men verarmd of verrijkt is, dient niet de waarde, maar de prijs leidend te zijn. De prijs is hetgeen tussen onafhankelijke partijen daadwerkelijk wordt betaald. In de Successiewet zal echter vrijwel altijd de theoretische prijs moet worden bepaald omdat een zakelijke prijs ontbreekt. De door de wetgever gebruikte term 'waarde in het economische verkeer' in art. 21 SW is door de Hoge Raad uitgelegd als de 'prijs die de meest biedende gegadigde na de best voorbereide verkoop op het meest geschikte moment zou betalen'.¹²⁴ Daar wordt echter pas aan toegekomen als er een schenking is.¹²⁵ Dit geobjectiveerde prijsbegrip kan naar mijn mening niet het uitgangspunt zijn voor de vraag of er – in economische zin – sprake is van een verarming of een verrijking. De vraag of er sprake is van een verarming of een verrijking moet worden beoordeeld vanuit de positie en situatie van de bij de transactie betrokken personen. De prijs bestaat bovendien niet alleen uit op geld waardeerbare omstandigheden, maar uit alles

¹²² Als het ontbreken van de bevoordelingswil in een voorkomend geval onterecht leidt tot een belaste schenking, is het aan de rechter om in te grijpen. De wetgever kan immers nooit alle situaties overzien. Vgl. H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, De Nederlandse successiewetgeving (Fiscale Handboeken nr. 7), VII.10: Een toekomstige wetgever ziet er overigens van af, in deze met preciseringen te komen. (...) de rechter kan in voorkomende gevallen de rechtsvorming verder vooruithelpen.'

¹²³ H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, Schenking, t.a.p., p. 5-6.

¹²⁴ Hoge Raad 6 maart 1963, ECLI:NL:HR:1963:AX7927, BNB 1963/113. Uit deze definitie blijkt reeds dat geen waarde wordt bepaald, maar een prijs. Vgl. J. Vis, 'De subjectiviteit van het begrip economische waarde', Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie, 2011 - 85e jaargang editie 7/8, p. 372: 'Waarde in het economische verkeer is een andere uitdrukking voor prijs'.

¹²⁵ Tenzij deze waarde opzij wordt gezet door speciale waarderingsvoorschriften, zoals de waardering op WOZ-waarde in art. 21, lid 5, SW. Ook aan die waarderingsvoorschriften komt men echter pas toe nadat er een schenking is geconstateerd.

(materieel en immaterieel) waar de desbetreffende persoon belang in stelt. Hiermee pleit ik (uiteeraard) niet voor een volstrekt subjectief prijsbegrip, in die zin dat de (theoretische) prijs datgene is wat uitsluitend in het hoofd zit en voor buitenstaanders niet kenbaar is. De situatie en positie, het materiële en het immateriële belang, kan alleen aan de hand van naar buiten kenbare omstandigheden worden vastgesteld.¹²⁶ De onderhandelingspositie van partijen is zo'n omstandigheid waarmee naar mijn mening rekening moet worden gehouden. Aan een schenking wordt dan pas toegekomen als de prijs afwijkt van wat zakelijk handelende partijen - onder die omstandigheden - zouden zijn overeengekomen.

Het vorenstaande kan worden toegelicht aan de hand van een voorbeeld.¹²⁷ In dat voorbeeld kunnen twee personen naar eigen inzicht USD 100 tussen hen beiden verdelen. Als ze het niet eens worden, krijgt geen van beiden iets. Een van beiden is rijk en de ander is arm. Uiteindelijk ontvangt de rijkere persoon USD 73 en de armere persoon USD 27:

‘Het feit dat de rijkere persoon meer krijgt dan de armere persoon is het gevolg van de ongelijke bargaining power van beide personen. De drijvende kracht achter de Nash solution is de houding van de personen met betrekking tot het risico dat beide personen niets krijgen als ze het niet eens worden. De arme persoon kan zich dit risico minder goed permitteren dan de rijke persoon en betaalt daarvoor in de verdeling een prijs, USD 23 om precies te zijn.’

In dit voorbeeld komt de verdeling zakelijk tot stand. Als de verdeling – of de prijs - zakelijk tot stand komt, is er naar mijn mening (in economische zin) geen sprake van een verarming respectievelijk een verrijking.

In het tweede voorbeeld dat Schuttevâer/Zwemmer aanhaalt, retourneert iemand een aan hem geschonken bedrag omdat hij bij nader inzien van mening is dat de schenking is gedaan om hem te bewegen tot ongeoorloofde diensten. In dat geval is er sprake van een nietige schenking. De schenking is immers in strijd met de wet (bijv. artt. 177 of 328ter Wetboek van Strafrecht). Omdat de schenking nietig is, is er onverschuldigd betaald. De terugstorting vindt dan haar oorzaak in de onverschuldigde betaling en niet in een schenking. In dat geval is de oorspronkelijke betaling een schenking in de zin van de Successiewet en dient de terugstorting te leiden tot een teruggave van de verschuldigde schenkbelasting.

Tot slot behandelt Schuttevâer/Zwemmer het voorbeeld dat iemand voor de tweede keer een reeds door hem betaalde schuld voldoet omdat hij de eerste betaling niet kan bewijzen maar de schuldeiser dreigt met een proces. Hier is naar mijn mening evenmin sprake van een schenking. De schuldeiser meent dat de betaling voortvloeit uit een verplichting - de geldleningsovereenkomst - en is zich niet bewust van een bevoordeling. Stel dat de schuldeiser wel weet dat de schuldenaar heeft betaald, maar toch dreigt met een proces omdat hij weet dat de schuldenaar de eerste betaling niet kan bewijzen. In dat geval dient bezien te worden of

¹²⁶ Vgl. J. Vis, t.a.p, p. 375, die opmerkt dat men geen psycholoog hoeft te zijn: ‘Het gaat (...) niet om de motieven die aan het handelen ten grondslag liggen, maar om de context waarbinnen de handeling kan worden geplaatst.’

¹²⁷ Ontleend aan P.C. van Es, ‘Het paard van Libourel: iets over het vrijgevigheidsvereiste bij giften’, Tijdschrift erfrecht 2008/2, onderdeel 4, die op zijn beurt verwijst naar het proefschrift van R.T.F. Boonacker, De onpartijdigheid van de notaris (diss. Amsterdam UvA), 2006, p. 112.

de tweede betaling voor de schuldenaar leidt tot een verarming. De kosten (in ruime zin)¹²⁸ die de gerechtelijke procedure met zich meebrengen, dienen in dat geval te worden afgezet tegen het bedrag van de tweede betaling. Als de tweede betaling op zakelijke gronden geschiedt, omdat de kosten van de procedure hoger zijn, is er geen verarming en dus ook geen schenking.

3.6 Handeling (stilzitten)

3.6.1 Civielrechtelijk

In de civielrechtelijke literatuur bestaat geen consensus over de vraag of ook een stilzitten, oftewel een niet-handelen, een schenking kan inhouden. De Hoge Raad heeft in 2004, in een zaak die betrekking had op de 'oude' materiële schenking, geoordeeld dat een bevoordeling uit vrijgevigheid onder omstandigheden ook kan plaatsvinden door een niet-handelen.¹²⁹ In dit geval betrof het een vennootschap onder firma, waarbij moeder haar ondernemingsvermogen overdroeg aan haar zoon tegen de agrarische waarde. De dochter meent dat door deze gang van zaken haar legitieme is geschonden en vordert inkorting (art. 4:967 (oud) BW). De overdracht van het ondernemingsvermogen tegen de agrarische waarde, die gedeeltelijk berustte op afspraken in het vennootschapscontract, vormde volgens de Hoge Raad geen schenking. Het feit dat in het oorspronkelijke vennootschapscontract (in 1976) of bij de scheiding en deling (in 1991) geen meerwaardeclausule is opgenomen, kan dit volgens de Hoge Raad wel zijn. Dit leidt tot de interessante vraag onder welke omstandigheden een stilzitten een schenking kan zijn. Na verwijzing gaat Hof Arnhem echter niet in op deze vraag.¹³⁰ De zoon stelde dat moeder wel op de hoogte was van de mogelijkheid om een meerwaardebepaling op te nemen maar dat zij dit niet nodig vond omdat zij er vertrouwen in had dat de zoon het bedrijf niet zou verkopen.

'Geld was voor haar niet het belangrijkste. Continuïteit van het bedrijf was de doelstelling.'

Indien het bij deze feiten zou zijn gebleven zou er in mijn ogen – gelet op het verwijzingsarrest van de Hoge Raad - een schenking moeten worden geconstateerd. Moeder heeft bewust afgezien van het opnemen van een meerwaardeclausule ten gunste van haar zoon. De achterliggende motieven zijn niet van belang. Het Hof laat zich daar echter helaas niet over uit:

'Zelfs indien aannemelijk zou worden geacht dat de moeder uit vrijgevigheid van het opnemen van de meerwaardeclausule heeft afgezien, onvoldoende waarschijnlijk is dat [X.] in de privé-sfeer het door het hof te Amsterdam becijferde voordeel (...) heeft genoten'.

Het betoog van het Hof komt erop neer dat de zoon de met de verkoop behaalde opbrengst van de onroerende zaken direct weer heeft geïnvesteerd in het bedrijf. Ik kan het Hof volgen in zijn betoog dat het in zo'n geval niet gebruikelijk is dat de meerwaardeclausule kan worden ingeroepen. Hieraan kan naar mijn mening echter niet het gevolg worden verbonden dat het afzien van het opnemen van een meerwaardeclausule niet uit vrijgevigheid is geschied.

¹²⁸ Het geld, de tijd en de emotionele belasting van een gerechtelijke procedure dienen in dit oordeel te worden betrokken. Het gaat erom wat – objectief gezien – de prijs is die men overheeft - of redelijkerwijs over kan hebben - om een proces te voorkomen.

¹²⁹ Hoge Raad 13 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8172, NJ 2004/653.

¹³⁰ Hof Arnhem 15 maart 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT1011.

Achteraf blijkt slechts dat dochter niet is benadeeld door het ontbreken van een meerwaardeclausule. De dochter had immers naar alle waarschijnlijkheid geen recht gehad op een vergoeding van de meerwaarde, omdat de door de zoon gerealiseerde meerwaarde direct weer in het bedrijf is geïnvesteerd. Op grond van het verwijzingsarrest dient echter beoordeeld te worden of het niet-overeenkomen van een meerwaardeclausule bij scheiding en deling van het vennootschapsvermogen - op dat moment - een schenking is.¹³¹ Het gaat erom of moeder – in de woorden van de Hoge Raad - ‘daadwerkelijk in de positie verkeerde een dergelijke clausule zonder meer te kunnen bedingen’. Als het ontbreken van een meerwaardeclausule een (zakelijk) onderhandelingsresultaat is, is er naar mijn mening geen sprake van een verarming of verrijking.¹³²

Hoewel de Hoge Raad duidelijke taal lijkt te spreken in zijn arrest uit 2004, bestaat in de civielrechtelijke literatuur nog immer twijfel over de vraag of stilzitten een schenking kan inhouden. Het arrest ziet op de oude materiële schenking. Sinds 1 januari 2003 wordt het begrip gift in art. 7:186 gedefinieerd als ‘iedere handeling die ertoe strekt (...)’. Kleijn waarschuwt dat de door de Hoge Raad gegeven interpretatie weliswaar ziet op een situatie die zich voordeed onder het oude recht, maar hij sluit niet uit dat deze uitleg ook geldt voor art. 7:186 BW¹³³:

‘men zij voorzichtig met zich op de oude heersende leer en op het huidige art. 7.186 BW te beroepen om een niet-handelen onder alle omstandigheden als een ‘niet-giftige’ bezigheid te beschouwen. Daarop kan men voortaan geen vergif(t) meer innemen!’

Asser/Perrick lijkt er daarentegen vanuit te gaan dat een stilzitten geen schenking is:

‘Er lijkt naar de huidige stand van het recht geen reden te bestaan aan te nemen dat een stilzitten dat niet resulteert in een rechtshandeling leidt tot het bestaan van een gift; wie door een (feitelijk) niet-handelen een ander bevoordeelt, schenkt derhalve niet.’

Opvallend is dat slechts oudere literatuur en jurisprudentie wordt aangehaald en wordt gezwegen over het arrest uit 2004.¹³⁴ Verderop wordt opgemerkt:

‘De erfgenaam, die geen beroep doet op de legitieme portie, doet dus geen gift. Hetzelfde geldt voor de schuldeiser welke zijn (renteloze) vordering (nog) niet int of zelfs laat verjaren. Legitimaris en schuldeiser zijn nu eenmaal niet verplicht hun rechten uit te oefenen.’

Vanzelfsprekend bestaat er geen verplichting om de rechten uit te oefenen. De moeder in het arrest uit 2004 was ook niet verplicht een meerwaardeclausule op te nemen. De vraag is echter of het *bewust* afzien van de uitoefening van deze rechten – waarbij de ander ook bewust is van

¹³¹ In gelijke zin N. Idsinga, ‘Wel of geen meerwaardeclausule en het schenkingsbegrip’, WPNR 2005/6632, onderdeel 6.2.

¹³² C.J.M. van Luitgaarden, ‘Meerwaardeclausules fiscaal bezien’, WPNR 2010/6965. Zij geeft het voorbeeld dat in het verleden de arbeidsinzet van de opvolger niet (volledig) is beloond.

¹³³ Vgl. zijn noot bij NJ 2004/653 en W.M. Kleijn, ‘Schenking in het civiele recht en de impact daarvan op het fiscale recht’, FTV 2004/10, waar hij de praktijk waarschuwt om zich op de oude heersende leer en op het huidige art. 7:186 BW te beroepen om een niet-handelen onder alle omstandigheden als een ‘niet-giftige’ bezigheid te beschouwen.

¹³⁴ Asser/Perrick 4 2013/255.

het voordeel van dit bewust niet-oefenen – resulteert in een rechtshandeling die moet worden aangemerkt als een gift. De hiervoor geciteerde opmerking in Asser/Perrick is naar mijn mening niet onjuist, maar wel onvolledig. Asser/Perrick heeft het uitsluitend over de situatie dat het stilzitten niet resulteert in een rechtshandeling. Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (art. 3:32 BW). Art. 3:37 BW zegt vervolgens dat verklaringen in iedere vorm kunnen geschieden en ‘in een of meer gedragingen besloten’ kunnen liggen. Moltmaker wijst in zijn conclusie op de parlementaire toelichting waarin wordt gesteld dat een gedraging zowel in een doen als in een nalaten kan bestaan.¹³⁵ Asser/Perrick laat de (mijns inziens cruciale) vraag onbeantwoord of er een gift kan zijn als de rechtshandeling bestaat uit een nalaten.

In het Handboek Erfrecht wordt er weliswaar van uitgegaan dat het arrest uit 2004 doorwerkt naar het huidige giftbegrip, maar wordt tevens aangegeven dat het arrest nog veel vragen onbeantwoord laat. Tevens wordt opgemerkt dat er ‘gerede twijfel’ mogelijk is over het oordeel van de Hoge Raad.¹³⁶ Daar sluit ik me bij aan.¹³⁷ Naar mijn mening kan er echter geen twijfel bestaan over het antwoord op de vraag of stilzitten een schenking kan opleveren. De Hoge Raad heeft het arrest in 2004 gewezen, toen de tekst van het nieuwe giftbegrip al geruime tijd bekend was. In de literatuur was al uitvoerig gediscussieerd over de vraag of in het nieuwe giftbegrip stilzitten tot een gift kon leiden.¹³⁸ De meningen daarover liepen uiteen. Een aantal auteurs meende dat in het Ontwerp NBW voor de opvatting werd gekozen dat een doen vereist is om van een gift te kunnen spreken. Onder andere Moltmaker meende daarentegen dat handeling moet worden opgevat als een ‘handeling met een beoogd rechtsgevolg’ (gift). Dit begrip omvat mede rechtshandelingen, die zowel een doen als een niet-doen kunnen omvatten.¹³⁹ Gelet op de uitvoerige discussie daarover in de literatuur, kan ik me niet voorstellen dat de Hoge Raad in 2004 zo’n expliciet standpunt kiest, zonder expliciet aan te geven dat dit alleen voor de – ten tijde van de uitspraak – ‘oude’ materiële schenking van belang is.

Dat daar ook anders over kan worden gedacht, blijkt uit de uitspraak van Rechtbank Den Haag uit 2016.¹⁴⁰ In deze zaak hadden de ouders in 1996 fl. 186.000 geleend aan schoondochter. Na het overlijden van moeder eist de dochter nakoming van de vordering door haar schoonzus. Na overwogen te hebben dat de vordering inmiddels is verjaard, besteedt de rechtbank aandacht aan de vraag of het laten verjaren van de geldlening een gift is die voor inkorting in aanmerking komt. Het hof overweegt (r.o. 4.39):

‘Verjaring is een rechtsgevolg dat verbonden is aan een, al dan niet bewust, niet-handelen. Hierbij is geen sprake van een handeling als bedoeld in artikel 7:186 lid 2 BW. Er is immers geen sprake van een rechtshandeling of van een feitelijke handeling. Omstandigheden die meebrengen dat desalniettemin sprake is van een bevoordeling uit

¹³⁵ Conclusie bij Hoge Raad 26 januari 1986, NJ 1986/776, punt 5.2.2.

¹³⁶ Van M.J. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht* (Pub. CNR, nr. 2) 2015/ XVIII.2.2.6.

¹³⁷ Vgl. N.C.G. Gubbels en M.J. Hoogeveen, Overdracht van de onderneming en schenking (1), WFR 2005/345.

¹³⁸ Vgl. het overzicht van Gr. van der Burght en J.P. Penders, t.a.p, p. 115-117.

¹³⁹ Conclusie bij Hoge Raad 26 januari 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9248, NJ 1986/776, punt 5.3.5.

¹⁴⁰ Rechtbank Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8442, NJF 2016/461.

vrijgevigheid (HR 13 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8172, Meerwaardebeding), zijn gesteld noch gebleken.'

De rechtbank lijkt hier aan het giftbegrip van art. 4:67 een eigen invulling te geven, die afwijkt van het giftbegrip in art. 7:186 BW. In de eerste volzin wordt immers opgemerkt dat het al dan niet bewust laten verjaren geen handeling is in de zin van art. 7:186, terwijl daarna wordt onderzocht of er 'desalniettemin' sprake is van een bevoordeling uit vrijgevigheid. Als er sprake is van een bevoordeling uit vrijgevigheid is er in de ogen van de Rechtbank, als ik het goed begrijp, nog steeds geen gift in de zin van art. 7:186 BW omdat de daarvoor vereiste handeling ontbreekt.¹⁴¹ Onder omstandigheden zou het wel een gift kunnen zijn die voor inkorting ex art. 4:67 in aanmerking komt. De rechtbank gaat dus niet voorbij aan Hoge Raad 13 februari 2004, maar lijkt dit arrest wel beperkt uit te leggen.

Naar mijn mening moet onderscheid worden gemaakt tussen de 'gewone' onbewuste verjaring en de bewuste verjaring. De onbewuste verjaring is een 'bloot rechtsfeit' dat – in civielrechtelijke zin – niet kan worden aangemerkt als een gift. Het bewust niet-handelen, het *laten* verjaren, kan echter wel een rechtshandeling en dus een handeling zijn in de zin van art. 7:186 BW. In deze procedure was de vraag of moeder de vordering bewust had *laten verjaren*. Van belang voor het oordeel van de rechtbank dat dat niet het geval was, was dat moeder volgens de rechtbank niet op de hoogte was van het bestaan van een geldleningsovereenkomst. Als zij niet op de hoogte was van het bestaan van een vordering kon ze deze ook niet bewust laten verjaren. Hoewel ik dit oordeel, gelet op de door de Rechtbank weergegeven feiten, onbegrijpelijk vind¹⁴², laat het wel de praktische problemen zien van het aanmerken van een niet-doen als gift. Voor het aannemen van een gift is immers bewustheid van de bevoordeling vereist bij zowel de schenker als de begiftigde. Bij een 'niet-doen' is deze bewustheid (veel) lastiger vast te stellen dan bij een 'doen'.

Hiervoor heb ik de hoofdlijnen geschetst van de vraag of stilzitten civielrechtelijk een schenking kan zijn. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag in 2004 bevestigend, maar de omstandigheden die daarvoor van belang zijn, zijn nog niet uitgekristalliseerd. De Hoge Raad lijkt in 2004 de mogelijkheid te aanvaarden dat het louter stilzitten als een schenking kan worden aangemerkt. Alleen als moeder niet in de positie was om een meerwaardebepaling op te nemen, zou een schenking niet aan de orde zijn. Die beslissing is echter gegeven in een zaak waarin tegelijkertijd een verkoop van ondernemingsvermogen plaatsvond tegen de agrarische waarde. In dit

¹⁴¹ Als er wel een gift is in de zin van art. 7:186, lid 2, BW, begrijp ik de eerste twee zinnen niet.

¹⁴² Dat moeder niet op de hoogte was van het bestaan van een geldvordering leidt de rechtbank af uit de brief van de advocaat. Daarin staat echter tevens: 'Ik heb eerder begrepen, mede uit de stukken, dat u wel wist van de lening en wel instemde met de procedure. Blijkbaar hebt u daar achteraf spijt van c.q. was u zich daarvan niet of onvoldoende bewust.' Tevens gaat de rechtbank bij het onderzoek naar de verjaring van de geldlening er wel vanuit dat moeder op de hoogte was van het bestaan van een geldlening (vgl. 4.15: 'in de in 2003 gevoerde procedure heeft de moeder nakoming gevorderd van de geldleningsovereenkomst' en 4.17: 'Niet is gesteld of gebleken dat de moeder de verjaring voor 1 april 2008 heeft gestuit, zodat de vordering tot nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de geldleningsovereenkomst in beginsel is verjaard' en tot slot 4.28: 'Op grond van het voorgaande stelt de rechtbank vast dat beide partijen, al dan niet via hun echtgenoten, hebben geprobeerd om de moeder te beïnvloeden met betrekking tot de vraag of de geldleningsovereenkomst moest worden opgeëist en dat de moeder daarin ook met beide partijen ten dele is meegegaan.')

samenstel van handelingen is het 'niet-doen', het niet-opnemen van een meerwaardeclausule, onlosmakelijk verbonden met een 'doen', namelijk de verkoop van het ondernemingsvermogen. Het is onduidelijk of deze omstandigheid heeft meegespeeld bij het oordeel van de Hoge Raad. Of kan ook een stilzitten dat niet zo nauw is verbonden met een doen tot een schenking leiden, zoals bijvoorbeeld het laten verjaren van een vordering of het niet-inroepen van de legitieme portie? Naar mijn mening dient deze vraag te worden beantwoord aan de hand van doel en strekking van de regeling waarin het giftbegrip een rol speelt. Hierna ga ik in op de vraag onder welke omstandigheden het stilzitten voor de Successiewet een schenking kan zijn.

3.6.2 Fiscaalrechtelijk

Fiscaalrechtelijk lijkt al eerder aanvaard te zijn dat ook een niet-doen een schenking kan zijn. Illustratief is de uitspraak van Rechtbank Assen uit 1955¹⁴³, over een besluit tot uitgifte van aandelen in een familie-NV, waarin vader en moeder alle zeggenschap hadden. Toen de NV nieuwe aandelen emitteerde, maakten vader en moeder niet volledig gebruik van hun voorkeursrecht, zodat de kinderen de nieuwe aandelen zouden kunnen nemen. Hieruit resulteerde een vermogensverschuiving van ouders naar kinderen ad f 45 500. Rechtbank Assen oordeelde dat dit een schenking was in de zin van de Successiewet. Schuttevâer/Zwemmer, merkt daarover op: 'Wat een 'niet-doen' lijkt, kan bij nadere beoordeling toch blijken te moeten worden gezien als 'doen'.¹⁴⁴ Hier was op het eerste gezicht zonder meer sprake van een niet-doen, namelijk het niet gebruik maken van het claimrecht. De rechtbank nam echter aan dat dit een schenking kon zijn, mits was voldaan aan de bevoordelingsbedoeling. De bevoordelingsbedoeling wordt afgeleid uit de omstandigheden van het geval, waarbij er wel een 'doen' is. In dit geval ging de Rechtbank ervan uit dat de bevoordeling had plaatsgevonden in onderling overleg met alle betrokkenen. Daartoe wijst de rechtbank in de eerste plaats op de 'nauwe familierelatie' tussen de gevers en de begiftigden, ten tweede op het feit dat de gevers en een begiftigde deel uitmaakten van de directie die het besluit had genomen tot de aandelenemissie, die de bevoordeling had mogelijk gemaakt en ten derde dat de begiftigden hadden ingeschreven voor een bepaald aantal aandelen, wat ze ook precies hadden gekregen. Dit was alleen mogelijk als de ouders geen volledig gebruik zouden maakten van het voorkeursrecht.

Hoewel hier ook een 'doen' is te onderkennen, meent Buining dat deze uitspraak een voorbeeld is dat het stilzitten voor de Successiewet onder omstandigheden als een belaste schenking moet worden aangemerkt.¹⁴⁵ Destijds werd onder schenking in de zin van de Successiewet naast de formele schenking begrepen 'iedere andere bevoordeling uit vrijgevigheid'. Buining merkt daarover op:

¹⁴³ Rechtbank Assen 28 juni 1955, NJ 1955/656. In dezelfde zin Hof Arnhem 5 november 1962, ECLI:NL:GHARN:1962:AY4757, BNB 1963/216.

¹⁴⁴ H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, *Schenking*, t.a.p., p. 20.

¹⁴⁵ H. Buining, *Fiscale problemen rondom schenkingen*, Prae-adviezen voor de Broederschap der Notarissen in Nederland, 1962, p. 18-19.

‘Het vereiste van een handeling wordt niet gesteld en het is toch zeker mogelijk, dat iemand door onder bepaalde omstandigheden niet te handelen opzettelijk een ander bevoordeelt. Is een dergelijke bevoordeling een schenking in de ruime zin der Successiewet?’

Zoals ik hierna zal toelichten, meen ik dat het antwoord op deze vraag bevestigend dient te luiden.

Ook Buining meent dat een stilzitten een belaste bevoordeling kan opleveren. Hij onderscheidt twee categorieën. De eerste categorie is dat het niet-doen voor de ene partij slechts leidt tot het voorkomen van een benadeling. Het afstand doen van het beroep op de legitieme portie valt in deze categorie:

‘Wanneer tengevolge van een testamentaire making of van schenkingen een legitieme portie is aangetast, staat het de legitimaris vrij om door een beroep op zijn legitieme de making of de schenking geheel of ten dele ongedaan te maken. Laat hij dit achterwege, dan kan men niet beweren, dat hij door dit niet-handelen een ander een voordeel bezorgt – dit voordeel is ontstaan door de making of schenking – maar slechts, dat hij nalaaft de ander te benadelen.’

In dezelfde categorie valt volgens Buining de stilzwijgende of uitdrukkelijke afstand van het beroep op verjaring door de debiteur. Het afstand doen van een beroep op verjaring voorkomt dat de schuldeiser wordt benadeeld. Deze categorie komt volgens mij (grotendeels) overeen met het onderscheid dat Moltmaker aanbrengt in zijn conclusie bij het arrest HR 26 februari 1986, NJ 1986/776. Hij meent dat er geen sprake is van een schenking als men

‘(...) door externe omstandigheden buiten de eigen wil (de erflater die de legitieme schond) in een situatie geraakt waarin men door het ondernemen van een bepaalde aktie een vermogensvermeerdering kan realiseren, maar ook in volstreckte passiviteit zodanige aktie kan nalaten (niet opeisen van de legitieme portie).’

Ook bij Moltmaker zou het afstand doen van het beroep op verjaring, geen schenking zijn. De verjaring vloeit immers voort uit de wet (de ‘externe omstandigheid buiten de eigen wil’).

Men kan door een aktie te ondernemen, namelijk het invoeren van verjaring, een vermogensvermeerdering realiseren, maar men kan ook in volstreckte passiviteit zodanige aktie nalaten. Hetzelfde geldt voor het wettelijk vruchtgenot (art. 1:253l BW). De ouders zijn buiten hun eigen wil in een omstandigheid gekomen dat ze een vermogensvermeerdering kunnen realiseren. Ze kunnen dit echter ook nalaten. Als ze dit nalaten – en de vruchten niet opeisen – leidt hun passiviteit tot een bevoordeling (een niet-benadeling) van het kind. Dit is geen schenking. Het uitdrukkelijk afstand doen van het wettelijk vruchtgenot, is dan evenmin een schenking.¹⁴⁶ Dit geldt ook voor het niet-verwerpen van een negatieve nalatenschap. De wet biedt de mogelijkheid een nalatenschap te verwerpen (art. 4:190 BW). Als men zonder daar zelf invloed op te hebben in een situatie geraakt dat men de ander kan benadelen, maar men laat na van deze mogelijkheid gebruik te maken, kan dit niet worden aangemerkt als een schenking.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Hoge Raad 16 november 1960, ECLI:NL:HR:1960:AX8125, BNB 1961/38.

¹⁴⁷ Vgl. H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, Nederlandse successiewetgeving (Fiscale Handboeken nr. 7), Deventer: Kluwer 1998, onderdeel VII/6.

Deze benadering spreekt mij aan. Hoewel de bevoordelingswil voor de Successiewet naar mijn mening niet relevant is, gaat het in mijn ogen te ver om een schenking te constateren als men de opgedrongen wil van iemand anders niet naleeft. Er zou in mijn ogen geen schenking horen te zijn indien de bevoordeling kan ontstaan door een niet-handelen – waarbij niet van belang is of er toch een handeling plaatsvindt - en waarbij de niet-benadeling van de ander het gevolg is van externe omstandigheden die buiten de invloedssfeer van de ‘schenker’ liggen. Het voordeel van deze benadering is bovendien dat situaties die in economisch opzicht hetzelfde zijn, hetzelfde worden behandeld. Niet de vorm of de uitingwijze van de gedraging maar de materiële, inhoudelijke, gevolgen daarvan dienen beslissend dienen te zijn voor het antwoord op de vraag of heffing op haar plaats is. Het is voor de Successiewet in mijn voorstel daarom niet van belang of de bevoordeling voortspuit uit een handelen of uit een nalaten. Het niet-handelen, bijvoorbeeld het niet-inroepen van de legitieme portie, voorkomt dat de erfgenaam wordt benadeeld, maar dit vloeit voort uit externe omstandigheden waarop de legitimaris zelf geen invloed heeft. Het niet-inroepen van de legitieme portie is daarom naar mijn mening geen schenking. Het is daarbij niet van belang of de legitimaris berust in de schending van de legitieme portie dan wel zijn recht op inkorting uitdrukkelijk prijsgeeft.¹⁴⁸

Zowel Buining als Moltmaker komen vervolgens met de tweede categorie, waarin naar hun mening wel sprake is van een schenking. In mijn optiek kan worden volstaan met de eerste categorie. Alleen als de bevoordeling voortvloeit uit externe omstandigheden die buiten de invloedssfeer van de ‘schenker’ liggen, is het naar mijn mening onwenselijk om schenkbelasting te heffen. In alle andere gevallen van stilzitten waardoor een bewuste bevoordeling optreedt, bestaat er in mijn ogen geen reden om schenkbelasting achterwege te laten. Indien aan de hiervoor behandelde schenkingscriteria is voldaan (verarming, verrijking, bewustheid schenker en begiftigde), doet bijvoorbeeld degene die zich niet verweert tegen een ongegronde rechtsvordering in mijn ogen een schenking.¹⁴⁹ Hetzelfde kan gelden als iemand ervan afziet een meerwaardeclausule op te nemen, als dit in zakelijke verhoudingen wel gebruikelijk is. Ook het bewust laten verjaren van een vordering, kan in mijn ogen een schenking zijn.

3.6.3 Handeling bij gehuwden in gemeenschap van goederen

Hiervoor heb ik in paragraaf 2.1 de vraag gesteld wie schenkt als partijen zijn getrouwd in gemeenschap van goederen. Civielrechtelijk is thans al meerdere malen beslist dat degene die de rechtshandeling verricht, schenkt.¹⁵⁰ Alle zaken zien op de gift in het kader van de legitieme portie. In de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden was moeder overleden. Vader had in het

¹⁴⁸ In de civielrechtelijke literatuur wordt wel belang gehecht aan dit onderscheid. Het berusten door de legitimaris in de schending van zijn legitieme portie zou geen schenking zijn, terwijl het prijsgeven van zijn recht op inkorting (wel een handelen), wel een schenking zou zijn. Zie de door de A-G Moltmaker aangehaalde literatuur in NJ 1986/776, ECLI:NL:PHR:1986:AC9248, punt. 5.2.5.

¹⁴⁹ Als de kosten van de procedure (in ruime zin) niet opwegen tegen de directe voldoening van de vermeende schuld, is in mijn ogen niet aan het verarmingscriterium voldaan. Zie paragraaf. 3.5.3.4.d

¹⁵⁰ Rb. Midden-Nederland 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5764, Rb. Den Haag 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11889, Rb. Noord-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:6114 en Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8057.

verleden onroerende zaken verkocht aan een van de kinderen. Volgens de twee andere kinderen lag daarin een gift besloten omdat de verkoop destijds tegen een te lage waarde had plaatsgevonden. Beide kinderen verwerpen de nalatenschap van moeder en vorderen dat de gift in aanmerking wordt genomen bij de berekening van hun legitieme portie. Het Hof besliste dat vader de schenking had gedaan:

‘Voor de berekening van de legitieme portie in de nalatenschap van moeder wordt de gift niet in aanmerking genomen, omdat deze niet door moeder is gedaan. Dat vader en moeder in gemeenschap van goederen waren gehuwd en dat de gift uiteindelijk ten laste van hen beiden is gekomen maakt dat niet anders. Blijkens de parlementaire geschiedenis bij de invoering van het nieuwe erfrecht is artikel 4.3.3.6a van de Vaststellingswet inhoudende dat giften ten laste van een gemeenschap van goederen geacht worden te zijn gedaan door ieder van de echtgenoten voor zijn deel daarin, alsnog geschrapt bij de Invoeringswet. De toelichting daarop vermeldt dat nadere overweging ertoe heeft geleid niet af te wijken van de formele tenaamstelling van de gift, waarmee is bedoeld dat giften voor het geheel moeten worden toegerekend aan degene van de echtgenoten die daarbij partij is geweest (Parl. Gesch. BW Inv. Boek 4, 2003, p. 1870).’

Ook in de overige uitspraken wordt verwezen naar deze parlementaire geschiedenis bij boek 4 BW. Asser/Perrick wijst erop dat in de parlementaire behandeling is afgezien van de wettelijke toerekening van de gift aan iedere echtgenoot voor de helft, vanwege de mogelijkheid dat de echtgenoot die geen partij is zo nodig de volgens art. 1:88 BW vereiste toestemming kan onthouden.¹⁵¹ Asser/Perrick merkt daarover op:

‘De verwijzing naar art. 1:88 BW is niet duidelijk. Het uitgangspunt dat de gift steeds voor het geheel aan de gever dient te worden toegerekend indien de andere echtgenoot wel de vereiste toestemming verleent, komt niet redelijk voor. De wettekst dwingt niet daartoe.’

De volledige toerekening bij gehuwden in gemeenschap van goederen van de schenking aan de schenkende echtgenoot, is gestoeld op het civielrechtelijke giftbegrip van art 7:186 BW. Zoals eerder opgemerkt, past naar mijn mening in de Successiewet een meer economische benadering. In economische zin verarmen beide echtgenoten ieder maar met de helft van het gemeenschappelijke vermogen.

Deze economische benaderingswijze staat ook in het beleidsbesluit over internationale aspecten van de schenk- en erfbelasting.¹⁵² De staatssecretaris meent dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat de schenking uit het gemeenschappelijke vermogen (economisch gezien) voor de helft moet worden toegerekend aan ieder van de echtgenoten.¹⁵³

¹⁵¹ Asser/Perrick 4 2013/310.

¹⁵² Besluit Staatssecretaris van Financiën 15 oktober 2014, nr. BLKB2013M/1870M, V-N 2014/63.17.

¹⁵³ De staatssecretaris stelt zich in dit Besluit eerst op het - in mijn ogen onjuiste - standpunt dat de schenking die wordt gedaan door in het buitenland wonende partners, waarvan een van de partners de Nederlandse nationaliteit heeft, volledig is belast met schenkbelasting op grond van art. 26 SW. Dit artikel heeft echter uitsluitend betrekking op de berekening van de schenkbelasting en werkt niet door naar art. 3 SW. Aan art. 26 SW wordt pas toegekomen als er een in Nederland belaste schenking is. Art. 26 SW breidt niet het heffingsbereik uit. In gelijke zin T.C. Hoogwout, ‘Toerekening schenking wanneer schenker is gehuwd in gemeenschap van goederen’, FTV 2016/2.

Zoals hiervoor opgemerkt, ben ik met de staatssecretaris van mening dat deze economische benadering het beste past in de Successiewet. De formele benadering waarbij wordt aangesloten bij de juridische schenker, maakt de heffing manipuleerbaar terwijl het economisch resultaat hetzelfde is. Als belastingplichtigen die zijn gehuwd in gemeenschap van goederen in het buitenland wonen en een van beide belastingplichtigen heeft de buitenlandse nationaliteit, is geen schenkbelasting verschuldigd als de buitenlandse schenker de schenking doet, is volledig schenkbelasting verschuldigd als de Nederlandse echtgenoot de schenking doet en is er een schenking van de helft van het gezamenlijke vermogen als beide echtgenoten samen de schenking doen. Het economisch resultaat is in alle gevallen dat de schenking ten laste van de gemeenschap, dus ten laste van ieder van de echtgenoten voor de helft, plaatsvindt.

Hetzelfde geldt voor de toepassing van art. 12 SW. Als de ernstig zieke belastingplichtige die is gehuwd in gemeenschap van goederen op zijn sterfbed nog een schenking doet teneinde erfbelasting te besparen, steekt art. 12 SW daar een stokje voor als dit gebeurt binnen 180 dagen voor overlijden. In dat geval vindt een overkill plaats. De nalatenschap van de echtgenoot is immers slechts verminderd met de helft van de waarde van de schenking, terwijl de volledige verkrijging wordt belast op grond van art. 12 SW. Andersom geldt dat art. 12 SW ten onrechte volledig niet van toepassing is als de echtgenoot van erflater deze schenking doet. De nalatenschap van erflater is door deze schenking, die is gedaan door zijn echtgenoot, wel afgenomen (met een bedrag ter grootte van de helft van de waarde van het geschonkene), zodat de besparing van erfbelasting – waar art. 12 SW een stokje voor probeert te steken – alsnog (gedeeltelijk) een feit is.

Kortom, de economische benadering voorkomt dat economisch gelijke situaties, voor de Successiewet verschillend worden behandeld.¹⁵⁴ Dat is in mijn ogen een goede reden om af te wijken van het civielrechtelijke uitgangspunt dat de schenking wordt toegerekend aan de formele schenker.¹⁵⁵

3.7 Samenvatting

3.7.1 Het nieuwe schenkingsbegrip

Burgerhart werpt in zijn inaugurele rede de vraag op of we de civielrechtelijke schenking niet beter kunnen afschaffen als belastbaar feit.¹⁵⁶ In deze inaugurele rede heb ik deze vraag

¹⁵⁴ Een ander voorbeeld van deze economische benadering is de situatie dat A een schuld heeft aan B van € 10.000. Omdat A niet solvabel is, is deze schuld slechts € 1.000 waard. C lost de schuld van A af. A verrijkt hierdoor met € 10.000 en B met € 9.000. Voor de Successiewet moet nu gekeken worden naar het economische resultaat en niet naar de vorm. De uitkomst mag dan niet anders zijn dan in de situatie dat C eerst € 10.000 had geschonken aan A, waarmee A zijn schuld zou hebben afgelost aan B. Er vindt in dit geval dus alleen een schenking plaats van C aan A. Vgl. J.R.H. Buining, 'Fiscale problemen rondom schenkingen', Prae-adviezen voor de Broederschap der Notarissen in Nederland, 1962, p. 35.

¹⁵⁵ Anders T.C. Hoogwout, t.a.p., onderdeel 5 die meent dat er voor het fiscale recht geen argumenten aanwezig zijn om af te wijken van deze formele benadering.

¹⁵⁶ W. Burgerhart, "Als je je begrijpt wat ik bedoel". Over 'multilingualisme' in het recht', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, blz. 23.

bevestigend beantwoord. Omdat het schenkingsbegrip in de Successiewet een andere functie vervult dan in het Burgerlijk Wetboek, dient dit begrip anders te worden ingevuld dan in het civiele recht:

‘Zoals zo vaak heeft het fiscale recht behoefte aan een eigen duiding van maatschappelijke werkelijkheden. Bij elke belastingwet kan bezien worden welk schenkingsbegrip daarin het beste past.’¹⁵⁷

Voor de Successiewet zijn de belangrijkste uitgangspunten:

- de draagkrachtvermeerdering van de verkrijger moet worden belast;
- die ontstaat vanwege de privésfeer;
- waarbij situaties die in economisch opzicht gelijk of vergelijkbaar zijn, zoveel mogelijk hetzelfde moeten worden behandeld.

Deze uitgangspunten leiden ertoe dat zowel de verarming als de verrijking in economische zin moeten worden opgevat. Dit betekent in de eerste plaats dat van een verarming of verrijking geen sprake is als de transactie gebaseerd is op zakelijke afwegingen. Of de transactie op zakelijke gronden plaatsvindt, dient niet te worden beoordeeld aan de hand van het geobjectiveerde ‘waarde’-begrip van art. 21 SW, maar aan de hand van het economische, subjectieve, prijsbegrip. In de tweede plaats betekent dit, dat men ook verarmt als men zonder zakelijke vergoeding afziet van de mogelijkheid om opbrengsten te genereren of een vermogensvermeerdering te verwezenlijken, en dat men verrijkt als men kosten bespaart. Tot slot houdt dit in dat bij de berekening van de omvang van de verrijking ook met onpersoonlijke lasten rekening moet worden gehouden.

Omdat de begiftigde de belastingplichtige is, dient hij zich bewust te zijn van het voordeel. De bewustheidseis bij de schenker is van belang om de zakelijke transacties uit het schenkingsbegrip te elimineren. De bevoordelingsbedoeling is naar mijn mening in de Successiewet niet van belang. Ook als de wil tot bevoordeling afwezig is, maar aan de overige schenkingscriteria is voldaan, zou er sprake dienen te zijn van een schenking in de zin van de Successiewet. Mocht achteraf de rechtshandeling worden vernietigd of een (terug-)betaling worden gedaan vanwege onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking, dan dient de schenkbelasting (in zoverre) te worden gerestitueerd.

De materiële benadering brengt mee dat niet van belang is of de vermogensovergang wordt veroorzaakt door een handelen of stilzitten. Als men zonder daar zelf invloed op te hebben in een situatie geraakt dat men de ander kan benadelen, maar men laat na van deze mogelijkheid gebruik te maken, kan dit niet worden aangemerkt als een schenking. Ongeacht of de daaruit voortvloeiende bevoordeling voortspuit uit een handelen of een nalaten. Tot slot volgt uit de economische benaderingswijze dat bij gehuwden in gemeenschap van goederen de schenking wordt geacht te zijn gedaan door beide echtgenoten, ieder voor de helft.

¹⁵⁷ Van J.E.A.M. van Dijk en I.J.F.A. van Vijfeijken, t.a.p., paragraaf 8.3.

3.7.2 Is de rechter of wetgever aan zet?

Zoals uit het voorgaande blijkt, dient naar mijn mening het fiscale schenkingsbegrip anders te worden ingevuld dan het giftbegrip uit het Burgerlijk Wetboek. Is hiervoor wettelijk ingrijpen vereist of kan de rechter het fiscale begrip zelf anders invullen? Naar mijn mening kan de rechter dat zelf doen. De rechter volgt te slaafs het civiele giftbegrip. Het argument dat de Successiewet sterk civielrechtelijk georiënteerd zou zijn, heeft naar mijn mening belangrijk aan betekenis ingeboet. Inmiddels is duidelijk dat ook de wetgever de strikt civiele benadering afwijst. Van de uitkomst van twee fiscale arresten, waarin de Hoge Raad het schenkingsbegrip in de Successiewet strikt juridisch uitlegde, is thans in de wet afgeweken. Het arrest van 26 februari 1986, NJ 1986/776, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een direct opeisbare renteloze lening geen schenking is, heeft geleid tot art. 15 SW. Het arrest van Hoge Raad 20 maart 2009, BNB 2009/179, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de overdracht van ondernemingsvermogen tegen de goingconcernwaarde, die lager was dan de liquidatiewaarde, geen schenking is, heeft geleid tot art. 11, lid 1, SW.

Op dit moment loopt een procedure over de vraag of het ‘gedogen’ van de bewoning van een onroerende zaak een belaste schenking is.¹⁵⁸ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de renteloze direct opeisbare lening, kan worden afgeleid dat dit niet het geval is. Het naar aanleiding daarvan ingevoerde art. 15 SW ziet echter alleen op geldleningen. In de parlementaire behandeling wordt met geen woord gerept over onroerende zaken. Het is zeer waarschijnlijk dat de wetgever zich niet heeft gerealiseerd dat daar dezelfde problematiek speelt. Naar mijn mening zou de Hoge Raad thans moeten oordelen dat het schenkingsbegrip in de Successiewet met zich meebrengt, dat de gemiste huuropbrengsten en de niet-betaalde huurpenningen een verarming respectievelijk verrijking zijn voor de toepassing van de Successiewet. Er vindt een schenking van dag tot dag plaats van de gemiste huuropbrengsten, die op grond van art. 27 SW bij elkaar worden geteld tot een jaarlijkse schenking.¹⁵⁹

Wettelijk ingrijpen is naar mijn mening alleen nodig voor mijn voorstel om voor de heffing zoveel mogelijk aan te laten sluiten bij het moment waarop de verkrijger de economische beschikkingsmacht krijgt. Vanwege uitvoeringstechnische problemen is dit alleen haalbaar bij de schenking onder opschortende voorwaarde en de schenking onder opschortende tijdsbepaling. Voor de schenking onder opschortende voorwaarde heeft de wetgever dit al geregeld in art. 1, lid 9, SW. Naar mijn mening zou dit ook geregeld moeten worden voor de schenking onder opschortende tijdsbepaling, zoals de papieren schuldig erkenning.

4. Slotwoord

Ik wil de leden van het bestuur van de Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, en alle anderen die hebben bijgedragen aan mijn benoeming, hartelijk danken voor het in mij

¹⁵⁸ Hof Amsterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3402 en Rb. Zeeland-West-Brabant 6 november 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:8307.

¹⁵⁹ Zoals door de inspecteur, Hof en A-G Moltmaker (onderdeel 7.3 conclusie) verdedigd in HR 26 februari 1986, NJ 1986/776. Moltmaker stelt voor om aan te sluiten bij het percentage genoemd in art. 10 UB SW. Feitelijk betekent dit analoge toepassing van art. 15 SW.

gestelde vertrouwen. Ik ben er trots op als fiscalist - als 'vreemde eend in de bijt' - te zijn benoemd op een leerstoel van de notariële Stichting aan de notariële vakgroep van de VU.

Ik blijf mijn aanstelling combineren met mijn werkzaamheden aan het Fiscaal Instituut van Tilburg University en de Coördinatiegroep constructiebestrijding van de belastingdienst. Zowel in Tilburg als bij de Belastingdienst heb ik een zeer inspirerende werkomgeving met fantastische collega's. Het zijn er te veel, om hier afzonderlijk te noemen. Toch moet ik hier een uitzondering maken voor Ron van der Klashorst, mijn leidinggevende bij de belastingdienst. Je zet je niet alleen in voor de bestrijding van constructies, maar zeker ook voor de wetenschap. Je stimuleert iedereen binnen de CCB om te publiceren en zelfs om te promoveren. Je hebt mij de afgelopen maanden alle ruimte gegeven om aan mijn oratie te werken. Ik ben je daar veel dank voor verschuldigd. Ik hoop dat je nog heel lang mijn 'baas' blijft.

Ook aan de VU heb ik het weer getroffen. Vanaf het begin heb ik me welkom gevoeld. Boudewijn, Wim, Marcel en Frederique, hartelijk dank daarvoor.

Dan tot slot mijn wetenschappelijke familie. Professor Stubbé had het onlangs over zijn twee wetenschappelijke vaders. Bij het schrijven van dit slotwoord, realiseer ik me dat ik uit een heus wetenschappelijk gezin kom. In de eerste plaats wil ik Richard Happé, een van mijn beide promotoren, bedanken. Richard, ik heb in Tilburg, maar zeker ook van jou, geleerd dat belastingen veel meer zijn dan een technische aangelegenheid. Ik heb de fair share discussie in deze oratie kort aangehaald. Jij bent degene die het in Nederland prominent op de kaart heeft gezet. Dat is zo goed gelukt, dat ik nu meende een bescheiden tegengeluid te moeten laten horen. Dan mijn andere promotor, Inge van Vijfeijken, en Mascha Hoogeveen. Ik noem jullie in een adem omdat alle superlatieven voor jullie allebei gelden. Ik heb inmiddels 18 jaar de ongelofelijke mazzel gehad met jullie te mogen werken. Ik heb niet alleen ontzettend veel geleerd – en ik leer nog steeds veel - maar het is ook een feest. Jullie zijn de hoofdschuldigen van mijn 3 aanstellingen. In de eerste plaats omdat ik zonder jullie hier niet zou hebben gestaan. In de tweede plaats omdat ik de samenwerking met jullie niet zou willen missen in Tilburg en bij de belastingdienst.

Gijs, Hugo en Pleun. Pleun, jij wil dokter worden, Hugo profvoetballer en Gijs, bij jou is alles al de revue gepasseerd, van zakenman tot cabaretier. Op de vraag waarom, antwoordt Pleun dat ze mensen wil helpen, Hugo dat hij iets wil doen wat hij leuk vindt en Gijs wil vooral veel geld verdienen. Allemaal goede redenen. Ik wens jullie uiteraard het allerbeste. In het werk betekent dit dat ik jullie je eigen Mascha en Inge gun.

Ik heb gezegd.